SERVING CANADIANS

BOOKLET 3

THE SUPREME COURT OF CANADA AND ITS IMPACT ON THE EXPRESSION OF BIJURALISM

BIJURALISM IN SUPREME COURT OF CANADA JUDGMENTS SINCE THE ENACTMENT OF THE *CIVIL CODE OF QUEBEC*

The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism

Second Publication

Department of Justice Canada
Ministère de la Justice Canada

Canada

THE SUPREME COURT OF CANADA AND ITS IMPACT ON THE EXPRESSION OF BIJURALISM

France Allard

National Library of Canada cataloguing in publication data

Main entry under title :

The harmonization of federal legislation with the civil law of the Province of Quebec and canadian bijuralism. Second publication.

Text in English and French on inverted pages.
Title on added t.p. : L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication.
Includes bibliographical references.
Issued also on the Internet and on CD-ROM.

1. Common law — Canada.
2. Civil law — Quebec (Province)
3. Conflict of laws — Canada.
4. Comparative law.
I. Canada. Dept. of Justice.

KE432.H37 2001 342.71'042 C2001-980147-5E

Published by authority of the Minister of Justice and Attorney General of Canada

© Minister of Justice and Attorney General of Canada 2001

Printed in Canada

CAT : J2-176/3-2001
ISBN : 0-662-65725-X
TE : The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism.
STE : The Supreme Court of Canada and its Impact on the Expression of Bijuralism.
STE : Bijuralism in Supreme Court of Canada Judgments since the Enactment of the *Civil Code of Quebec*.
TF : L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien.
STF : La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme.
STF : Manifestations du bijuridisme dans les jugements de la Cour suprême du Canada depuis l'adoption du *Code civil du Québec*.

TABLE OF CONTENTS

Introduction 1

I – The threat of assimilation of civil law by common law 3

A – The overriding influence of common law over civil law 3

B – The movement for the affirmation of civil law in relation to common law 6

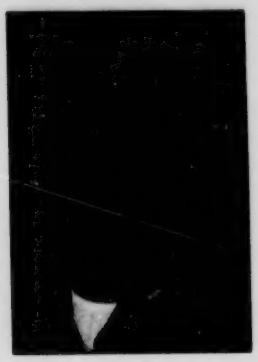
II – The equal recognition of civil law and common law 12

A – The developing awareness of the conceptual autonomy of civil law in relation to common law 12

B – The confirmation of the complementary relationship between civil law and federal law 22

Conclusion 26

THE SUPREME COURT OF CANADA AND ITS IMPACT ON THE EXPRESSION OF BIJURALISM



By France Allard*,
General Counsel,
Legislative Services Branch,
Department of Justice Canada

Introduction

The somewhat recent interest in bijuralism is the reflection of a new receptiveness on the part of local laws and practices to the laws and practices of other cultures. The phenomenon of bijuralism exists in several countries and in several national and international relations contexts. It is difficult to say whether this interest is a result of market globalization and the increasing proliferation of international commercial agreements, but the need to know about and understand bijuralism is obvious.

Bijuralism can be approached from several angles. The simple co-existence of two legal traditions, the interaction between two traditions, the formal integration of two traditions within a given context (e.g. in an agreement or a legal text) or, on a more general level, the recognition of and respect for the cultures and identities of two legal traditions. However, beyond the factual situation that it presupposes with respect to the co-existence of traditions, bijuralism raises the issue of the interaction or relationship between different legal traditions. In general and especially in the Canadian context, it calls for an examination of the relationship between civil law and common law.

In the Canadian context, it should however be noted that the issue of aboriginal law requires a pluralist approach to understanding the relationship between traditions. Beyond bijuralism, the existence of legal pluralism in Canada should be borne in mind. The importance of the raising the issue of the relationship between common law, civil law and aboriginal law finds expression in the judgments of the Supreme Court of Canada.[1]

Thus, in Canada, while the term is a rather recent invention, bijuralism itself is not a new phenomenon. A brief description of historical points of references in the development of Canadian and Quebec bijuralism will make it easier to understand the relationship between the two traditions. Considered as grounded in a factual coexistence, bijuralism is not new. The legal framework in which it is set has existed for some time.

Although the origins of Canadian bijuralism are generally thought to be found in *the Quebec Act, 1774*, the duality of legal traditions existed in New France from the moment the English and the French occupied at the same time the same territory. After the Conquest in 1760, the former French territory became English through the Treaty of Paris of 1763. No mention was made of the laws, customs or usages of the country at that time, but during this period the courts were administered

---

* General Counsel—Comparative Law, Legislative Services Branch, Department of Justice, Canada. I would like to thank Ms. Nathalie Lacroix of the Legislative Services Branch, Department of Justice, for her invaluable assistance with research and Louise Lavallée, drafter, Regulations Section, Legislative Services Branch, Department of Justice, for our frequent exchange of ideas. The opinions expressed are those of the author. They do not necessarily correspond to the Department of Justice position on any of the issues.

1 See e.g. *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

by militia captains whose decisions were generally based on the *Coutume de Paris*. The Treaty of Paris was followed by the Royal Proclamation of 1763, which declared the Province of Quebec an English colony and set common law as the applicable law before the courts.[2] However, despite the imposition of the common law system, the "French" inhabitants continued to follow the custom in their dealings between each other. French civil law survived trough practice. Thus, even though the inhabitants of the Province were officially subject to English laws, the duality in traditions in fact persisted.

In response to this situation, Governor Murray issued an order on September 17, 1764, setting up the civil courts. Judgments were to be made in accordance with the laws of England, but at the same time judges of the lower courts were authorised to consider French laws and customs in cases between the inhabitants of the Province of Quebec, for those cases which were heard before October 1, 1764. This consideration of French laws was, in fact, extended to all cases between inhabitants of the Province until July 1766 when the order was amended. The new order made the administration of justice "bijural" by providing that "[...] the jury shall be comprised of British-born subjects only in cases or civil actions between British-born subjects, the jury shall be comprised of Canadians only in cases or civil actions between Canadians, and the jury shall be comprised of an equal number of each nationality if one of the parties so requests in cases between British-born subjects and Canadians [...]".[3]

The Province of Quebec became officially bijural with the *Quebec Act* in 1774. Common law and civil law applied across the territory in specific areas.[4] Civil laws were governed by the civil law whereas procedure, the administration of the government and criminal law fell under the common law. This framework for the application of the legal traditions still stands in Quebec. On the other hand, Canada became bijural only when Upper and Lower Canada were joined in the *Act of Union*, 1841. This framework was accepted and, for certain matters, redefined in the *Constitution Act, 1867* through provisions pertaining to the division of powers.[5]

The relationship between civil law and common law was developed within this framework. Depending on the area of law, this framework served as grounds for establishing various relationships between legal traditions. However, notwithstanding the framework in which bijuralism is set, what defines it is the knowledge of traditions, the rules of law applicable to each one, how they are expressed, the influence they have on one another and how they interact. In each case, bijuralism is based on a dialogue between cultures, a mutual recognition of the other, a complementary relationship between the rules specific to each one and their interpretation with respect to the other. The implementation of bijuralism is only possible where these elements are present.

The decisions of the Supreme Court of Canada, the general court of appeal for Canada, must therefore be considered in terms of this dialogue and complementarity relationship between rules

---

2 On this period, see G. Wynn, "Aux confins de l'empire 1760-1840" in C. Brown and P.-A. Linteau, eds., *Histoire générale du Canada* (Montreal: Éditions du Boréal, 1990) 223.

3 M. Brunet, G. Frégault and M. Trudel, *Histoire du Canada par les textes* (Montreal: Fides, 1952) at 112-13 [translated by author]. The original text from the collection of texts reads: "dans toute cause ou action civile entre sujets-nés britanniques, le jury devra se composer de sujets-nés britanniques seulement; que dans toute cause ou action entre Canadiens le jury devra se composer de Canadiens seulement; et que dans toute cause ou action entre sujets-nés britanniques et Canadiens, le jury devra se composer d'un nombre égal de chaque nationalité si l'une ou l'autre partie en fait la demande [...]"

4 For a singular example of the co-existence of traditions in Quebec, see J.E.C. Brierley, "The Co-existence of Legal Systems in Quebec: 'Free and Common Soccage' in Canada's 'pays de droit civil'" (1979) 20 C. de D. 277.

5 Ss. 91 and 92, *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3. See especially subs. 92(13) of this Act which confers residual jurisdiction over property and civil rights on the provinces.

and their interpretation. The purpose of this paper is to evaluate the impact the Supreme Court of Canada has had on the recognition and definition of bijuralism in Canada and on the development of the autonomy or, at least, of the equal importance of each tradition in their respective areas of application.

Two periods in the history of the Supreme Court of Canada can be identified with respect to the relationship between the two traditions. The first in which civil law had to forge a path to assert its autonomy in relation to common law to prevent its assimilation thereof (I). The second in which civil law and common law became equally recognized (II).

I – The threat of assimilation of civil law by common law

The Supreme Court of Canada is often seen as a symbol of the co-existence of both common law and civil law traditions. Created in 1875 by the Parliament of Canada under the authority set out in section 101 of the *Constitution Act, 1867*[6] and comprised of judges from Quebec and the other provinces,[7] the Supreme Court of Canada would become the general court of appeal for Canada. However, it was not until 1949 that it could exercise this role in all matters, including civil matters[8] and became the final court of appeal for all cases, from all of the Canadian provinces, in both civil and common law matters.

The Supreme Court of Canada was created as part of the movement to establish national institutions for Canada and its role was consistent with the movement for the unification of national laws at the end of the nineteenth century.[9] At the time, the establishment of the court was seen as a means of developing a unified national legal system[10]. During its early years, this role was generally expressed by giving preference to the common law in the interpretation of the civil law (A). However, in reaction to the threat of assimilation of civil law by common law and the fact that the common law undermined the internal consistency of civil law, a movement to defend the integrity of civil law emerged. This movement would further the establishment of civil law as a system that was autonomous from the common law (B).

A – The overriding influence of common law over civil law

In 1866, shortly before the creation of the Supreme Court of Canada, the *Civil Code of Lower Canada* was adopted, thereby codifying the statutes of Lower Canada then in force in civil matters, in order to make them more accessible to the English and French inhabitants.[11] The laws of Lower Canada which were then in force and then codified in the *Civil Code of Lower Canada* came from a variety of sources, reflecting the co-existence of the two traditions. These included rules drawn from

---

6 S. 101 of the *Constitution Act, 1867* reads as follows: "The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada."

7 On the evolution of the composition of the Supreme Court of Canada, see F. Bélanger, *Les cours de justice et la magistrature du Québec* (Quebec: Direction des communications du ministère de la Justice, 1999) at 9ff. The current composition of the Court (nine judges, three of who are from Quebec) was only established in 1949 with the abolition of appeals to the Privy Council.

8 Appeals to the Privy Council in criminal matters were abolished in 1933.

9 See H.P. Glenn, "Le droit comparé et la Cour suprême du Canada" in E. Caparros *et al.*, eds., *Mélanges Louis-Philippe Pigeon* (Montreal: Wilson & Lafleur, 1989) 197 at 205.

10 This initial role of the Supreme Court of Canada is generally recognized. See e.g. P.H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution* in Canada, *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Document 1 (Ottawa: Queen's Printer for Canada, 1969) at 6; J.G. Snell and F. Vaughan, *The Supreme Court of Canada. History of the Institution* (Toronto: The Osgoode Society, 1985) at xii.

11 On the context of codification and the work of the Codifiers, see J.E.C. Brierley, "Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed" (1968) 14 McGill L.J. 521.

the *Coutume de Paris*, with the addition of rules modified by provincial statutes, or by the introduction of portions of the Law of England in peculiar cases.[12] Given the mixed character of sources, there was a strong temptation to interpret some of the codified rules according to common law principles and English precedents. Similarly, there was a belief that there should be some uniformity in the interpretation of rules of common law origin.

One of the most frequently used examples to illustrate this belief in the universal common character of the rules of the *Civil Code* and of the common law, both in their origins and in their application, is *Canadian Pacific Railway Co.* v. *Robinson.*[13] In that case, even though Taschereau J. was a civilist, he refused to award damages for *solatium doloris* pursuant to article 1056 of the *Civil Code of Lower Canada*. The idea was that article 1056 could not be interpreted to include this type of prejudice given that the solution would have been different from the rule at common law. According to some, Taschereau J.'s approach was based on more universal principles and receptive to the multiplicity of sources.[14] Others were of the view that he was introducing a common law interpretation without respecting the general scheme of civil law.[15]

In other cases, a distinction was made with respect to the type of reasoning and the borrowing from "foreign" sources depending on whether the provision of the Code was drawn from a rule of common law or of civil law. If the provision was based on a rule of common law, it was common practice to introduce the entire common law scheme in the interpretation of the rule set out in the Code. For example, with respect to wills, it is clear that the principle of freedom of willing is borrowed from English law.[16] Therefore, it was commonly believed that any issue concerning the interpretation of a will and the validity of its provisions was to be examined in accordance with English law and its rules of interpretation.[17] This was the case in *Renaud* v. *Lamothe*[18] in which Girouard J.'s remarks are indicative of this trend:

> Lorsque le Code de la province de Québec est semblable au Code français, je comprends que la jurisprudence française doit être notre guide, au moins une haute autorité, qui a rarement été ignorée par cette cour, si jamais elle le fût, quelque différente qu'elle soit du droit anglais. [...] Mais si notre Code est différent, s'il décrète un principe du droit anglais, n'est-il pas raisonnable de recourir à la jurisprudence anglaise pour l'interpréter? Or, — et ceci n'est pas contesté, — la liberté pleine et entière de tester nous vient de l'Angleterre. La France ne l'a jamais connue. Peut-on alors mieux faire que de suivre les principes consacrés par le Conseil privé dans une cause analogue, celle de *King* v. *Tunstall*, décidée en 1874, et rapportée aux *Law Reports.*[19]

It is interesting to note that the decision *King* v. *Tunstall*[20] is a decision of the Privy Council rendered the year before the creation of the Supreme Court, on an issue coming from Quebec. *King*

---

12 See the wording of the Act to provide for the Codification of the Laws of Lower Canada relative to Civil matters and Procedure, L.C. 1857, c. 43.

13 (1887), 14 S.C.R. 105.

14 D. Howes, "From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929" (1987) 32 McGill L.J. 523 at 527-28.

15 J.-L. Baudouin, "L'interprétation du code civil québécois par la Cour suprême du Canada" (1975) 53 Can. Bar Rev. 715 at 732ff.

16 On the foundations of freedom of willing in Quebec, see A. Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec* (Paris: L.G.D.J., 1960).

17 For an overview of the evolution of freedom of willing and its scope in Quebec, see especially J.-M. Brisson, "Entre le devoir et le sentiment : la liberté testamentaire en droit québécois (1774-1990)" in *Recueils de la Société Jean Bodin*, vol. LXII, *Actes à cause de mort — Acts of Last Will* (Bruxelles: De Boeck, 1994) 277.

18 (1902), 32 S.C.R. 357.

19 Ibid. at 366.

20 (1874), 6 R.S. 55 (P.C.).

v. *Tunstall* was an English precedent that addressed the issue of the application of English law to Quebec civil law in matters concerning the exercise and effects of freedom of willing.

Also interesting in *Renaud* is that the fact that the English origin of the rule was not the only reason given for the dismissal of the "heir's" case. Since the plaintiff raise an issue of public order, Girouard J. also predicated the Court's decision on the need for uniform application of the rule applicable to the capacity of the testator and of the heir:

> [I]l est de l'intérêt de la province de Québec et de toute la Puissance, que, sur un sujet comme celui que nous considérons, il y ait uniformité de jurisprudence. Singulier spectacle que serait celui où un legs, comme celui fait aux héritiers Renaud, serait valide dans toutes les provinces, à l'exception de Québec et ce pour des raisons d'ordre ou d'intérêt public.[21]

Generally, it appears that the relationship between civil and common law was not always framed in a manner that indicated a reciprocal and equal relationship between the two traditions. Critics of the early judgments of the Supreme Court of Canada have generally pointed to the predominance of common law during this period, even with respect to the interpretation of Quebec civil law. Several authors have examined the evolution of the Supreme Court of Canada in terms of the interpretation of and importance given to civil law in its judgments. While this analysis will not be repeated here,[22] a few of the important developments from this period will be highlighted. These will serve to give some indication of the evolution of the relationship between civil law and common law, and favour a better understanding of the rather belated recognition of the equal place of civil law in its relationship to federal law and the common law.

In nineteenth century Canada, unification of national law could not be based on civil law even officially take it into consideration. This exclusion of civil law from the movement to unify the law is clear in judgments which, rather than allowing for the possibility of an exchange of solutions between the two systems and a certain degree of reciprocity of influence. The judgments supported a unidirectional comparative analysis of the law, from common law to civil law.[23] This then is far removed from recognition of the equal value of the traditions and the trend to recognition of civil law as a law that is distinct and autonomous from common law in the Canadian context.

Thus, it is commonly believed that Canadian common law drew very little from civil law. Yet, in the Supreme Court of Canada case law prior to repatriation of the appellate jurisdiction, there are cases in which civil law rules had an influence on common law rules. But, as H. Patrick Glenn[24] noted, this influence generally expressed itself indirectly through the citation of English decisions that cited French civilian sources.

Canadian Merchant Marine Ltd. v. *Canadian Trading Co.*[25] is the decision most frequently used to explain this bridging between common law and civil law. In this case, Duff, Anglin and Brodeur

---

21 *Supra* note 18 at 365.

22 See e.g. Baudouin, *supra* note 15; R. Boult, "Aspects des rapports entre le droit civil et la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada" (1975) 53 Can. Bar Rev. 738; Glenn, *supra* note 9 and the texts cited thereof. See also P.-G. Jobin, "La Cour suprême et la réforme du Code civil" (2000) 79 Can. Bar Rev. 27.

23 See the case law referred to in Baudouin, *supra* note 15 at 719ff. and the conclusion he reaches on page 722, resumed by Glenn, *supra* note 9 at 207. See also, Howes, *supra* note 14 at 526. But see T. Rinfret, "Reciprocal Influences of the French and English Laws" (1926) 4 Can. Bar Rev. 69, who saw a community of spirit between the two legal traditions and a true reciprocity of influences between both traditions, more often in the adoption of reformed laws.

24 Glenn, *supra* note 9 at 207.

25 (1922), 64 S.C.R. 106.

J.J. cited the English decision of *Taylor* v. *Caldwell*,[26] the reasons of which were purportedly inspired in part by the writings of Pothier on implicit conditions of a contract. Pothier was not however cited as a source in *Taylor*, but merely as an example of foreign solutions in which the principles on which the solution is based are similar to those of English law.[27] Thus, this is not an example of the influence of civil law, but simply a comparative reference similar to those found in modern case law. While recognizing the *ratio* in *Taylor*, all three judges rejected any application to *Canadian Merchant Marine* because of the nature of the contract. It is therefore difficult to discern any influence of civil law on common law in this decision.

Another possible source for the influence of civil law on common law is the citation of decisions on Quebec civil law by the Privy Council, which could then have been used as precedents for matters originating in a common law jurisdiction. However, no such examples have been found.[28]

While common law does not specifically exclude borrowing from civil law,[29] in the Canadian context of the day, the analysis of the relationship between civil and common law was generally done in only one direction during the first half of the Supreme Court's existence.[30] In fact, Jean-Louis Baudouin indicates in an article from 1975, that he found it impossible to find a single meaningful example indicating that, in its efforts to unify the law, the Supreme Court had adopted a solution from Quebec law and applied it to the laws of the other provinces.[31]

This clear lack of reciprocity between Quebec civil law and Canadian common law in the Supreme Court judgments provoked reactions both within the Court and among Quebec authors.

B – The movement for the affirmation of civil law in relation to common law

Questions about the relationship between the two traditions were most often raised in civilian doctrine which, for a long time, defended the concept of the integrity of civil law and criticised the influence of common law in the interpretation of Quebec civil law by the courts.[32] However, as there was absolutely no threat to the recognition and the role of common law in a movement to unify the national law within a country of the British Empire, it is not surprising that this issue was not important to common law jurists.

Yet, the act of borrowing solutions or analytical methods from Canadian common law or other legal regimes can only enrich the receiving legal system. This was the point made by Jean-Louis Baudouin with respect to the interpretation of civil law by the Supreme Court of

---

26 (1863) 122 E.R. 309.

27 Ibid. at 313.

28 No systematic search of all of Privy Council decisions on Quebec law was done to determine whether any such decision was ever used as a precedent in a decision of the Supreme Court of Canada in a common law case.

29 See H.P. Glenn, "Persuasive Authority" (1987) 32 McGill L.J. 261, on the reception of French law into English law in the nineteenth century.

30 We note with interest the proposition made by David Howes on the dialogue and reciprocity between traditions during the period preceding the creation of the Supreme Court of Canada and the texts referred to in: "From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929", *supra* note 14 at 557. In general, doctrinal writers however suggest that uniformity of law was an essential part of the role to be played by the Supreme Court of Canada. In this regard, the dialogue between traditions may be better described as a monologue, at least until the 1950s.

31 Baudouin, *supra* note 15 at 719.

32 See e.g. P.-B. Mignault, "Les rapports entre le droit civil et la 'common law' au Canada, spécialement dans la province de Québec" (1932) 11 R. du D. 201. For a discussion of this movement against the contamination of civil law by common law and the need to preserve the integrity of civil law, see S. Normand, "Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil" (1987) 32 McGill L.J. 559. Other authors would later follow and promote the defence of civil law against common law: P. Azard, "La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec" (1965) 43 Can. Bar Rev. 553; J.-L. Baudouin, "Le Code civil du Québec : crise de croissance ou crise de vieillesse" (1966) 44 Can. Bar Rev. 391; P.-A. Crépeau, "Les lendemains de la réforme du Code civil" (1981) 59 Can. Bar Rev. 625.

Canada.[33] It is, in fact, one of the strengths of comparative analysis of the law. But, at the turn of the twentieth century, the problem of borrowing rules of interpretation from common law became a serious one with respect to the *Civil Code*.

In the civilian tradition, a code is not a simple statute, nor does it in any way resemble an administrative consolidation or a penal codification. Even though these all constitute a more or less organic body of explicit or implicit norms serving to regulate human behaviour,[34] a civil code is different in that it serves as the general body of rules applicable to all situations, barring exceptions.[35] It is the general law in Quebec civil law. Therefore, it plays the same role as the common law rules developed by the courts. It is a law of general rather than specific application.[36] The *Civil Code of Lower Canada* clearly had this status of being the general law[37] and this should have had a direct influence on its interpretation.[38]

However, the Code's status as the founding text of Quebec civil law was poorly recognized by the Supreme Court.[39] One of the consequences of this misunderstanding of the role of a civil code was that the *Civil Code of Lower Canada* was often interpreted in light of common law rules.

One of the difficulties thus created was that the Code was interpreted by common law judges as an ordinary law, a simple statute, both at the Supreme Court and at the Privy Council. Lord Summer's statements about the interpretation of articles 1053 and 1054 of the *Civil Code of Lower Canada* in *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* v. *Vandry*[40] are a perfect example. He relied on the English law authorities rather than those of French civil law, despite the similarity between provisions in the *Civil Code of Lower Canada* and in the *Code Napoléon*. He asserted the "statutory" character of the Code as follows:

---

33 Baudouin, *supra* note 15 at 716-17.

34 A.-J. Arnaud *et al.*, eds., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2nd ed. (Paris: L.G.D.J., 1993) *s.v.* "Code", by D. Carzo, at 67. The definition reads: "corps plus ou moins organique de normes explicites ou implicites qui servent à régler la conduite humaine." For another definition see Editorial Committee, *Private Law Dictionary*, 3rd ed. [forthcoming] *s.v.* "code": "Corpus of fundamental provisions designed to present the different subject matters of an important branch of law in a systematic and coherent manner."

35 See G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8th ed. (Paris: P.U.F., 2000) *s.v.* "Code civil" and the proposed definition in *Private Law Dictionary*, ibid. *s.v.* "Civil Code": "Code the purpose of which is to regulate generally all matters within the purview of the civil law."

36 For a general description of the specific nature of codes and their method of interpretation, see J.-L. Bergel, "Spécificités des codes et autonomie de leur interprétation" in Journées Maximilien-Caron 1992, *Le Nouveau Code civil : interprétation et application* (Montreal: Thémis, 1993) 3; A.-F. Bisson, "Effet de codification et interprétation" (1986) 17 R.G.D. 359; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 2000) at 28ff.

37 See A.-F. Bisson, ibid. at 361; J.E.C. Brierley, "Quebec's 'Common Laws' (droits communs): How Many Are There?" in Caparros *et al.*, *supra* note 9, 109 at 122ff. and, especially, J.-M. Brisson, "Le Code civil, droit commun?" in *Le Nouveau Code civil : interprétation et application*, *supra* note 36, 293 at 296ff.

38 On the difference between interpretation under a civil law system and a common law system, see A.-F. Bisson, "Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions" (1992) 23 R.D.U.S. 1 at 8ff. But see Côté, *supra* note 36 at 27-28.

39 On how doctrinal writers reacted to the "interpretation" by courts of the *Civil Code of Lower Canada*, see Normand, *supra* note 32; S. Parent, *La doctrine et l'interprétation du Code civil* (Montreal: Thémis, 1997) at 114ff.

40 [1920] A.C. 662.

> Natural as this may be, the statutory character of the Civil Code must always be borne in mind. "The connection between Canadian Law and French Law dates from a time earlier than the compilation of the Code Napoléon, and neither its text nor the legal decisions thereon can bind Canadian Courts or even affect directly the duty of Canadian tribunals in interpreting their own law": *Mcclaren* v. *Attorney-General for Quebec*. Thus, [...] "recent French decisions, though entitled to the highest respect [...] are not binding authority in Quebec" (*McArthur* v. *Dominion Cartridge Co.*) still less can they prevail to alter or control what is and always must be remembered to be the language of a Legislature established within the British Empire [emphasis added].[41]

The Supreme Court adopted this reasoning in *Town of Montreal West* v. *Hough*.[42] The terms "père, mère et enfants" in the French text of article 1056 of the *Civil Code of Lower Canada*[43] ("ascendant and descendant relations" in the English text) were not interpreted in accordance with the general scheme of the Code but in light of common law. Because it considered the provision to be a codification of a Canadian statute inspired by the English *Lord Campbell's Act*, the Court held that the meaning had to be determined according to the meaning of "father, mother and child" in common law cases, given the English origins of the rule.[44] Furthermore, because the Code did not provide any specific definition applicable to the Code as a whole, the court felt bound to rely on the common law definition considered as the general law for the purpose of interpreting the provision thereof.

It is true that even when interpreted according to civil law alone, these terms would not have allowed for illegitimate children to be included in the category of descendants or children. Nevertheless, despite the similarity in scope of the terms "father, mother and child" at civil and common law in the exclusion of illegitimate children, there are insidious effects associated with reference to English law and the interpretation of the provisions of the Code as exceptions to the common law.

To take the Code as a simple law of specific application is to encourage a restrictive interpretation of its provisions, and, more importantly, the Civil Code is not seen to be the expression of the general law of Quebec civil law. Furthermore, if the Code is seen as expressing a single statutory intent, using the same language, in matters both of civil and common law, the style, expression and organisation of the civil law are then assimilated to those of the common law. Such comments negate to some extent the legal duality established by the *Quebec Act of 1774* and by the *Constitution Act, 1867* by implying that because of the relationship with the British Empire, the legislator can have only one voice, that of the common law.

Another difficulty that arises from interpreting civil law in light of common law rules is that it creates a practice of undue reliance on English precedents and legal authorities, which are not the

---

41 Ibid. at 671-72.

42 [1931] S.C.R. 113 at 121. The finding establishing the "statutory" character of the Civil Code was not novel. See e.g. *Lamontagne* v. *Quebec Railway Light, Heat and Power Co.* (1915), 50 S.C.R. 423 at 427.

43 It should be noted that the terms "père, mère et enfants" used in the French text of article 1056 C.C.L.C. were replaced in 1930 (S.Q. 1930, c. 98, s. 1) by the terms "ascendants et descendants". These terms correspond to terms "ascendant and descendant relations" already used in the English text. It is interesting to note that this section was further amended in 1970 (S.Q. 1970, c. 62, s. 11), to add a paragraph to include natural children.

44 Many consider that the origin of article 1056 is unclear. The introduction of English law in interpreting this article gave rise to an interpretation that fundamentally contradicted the openness of the civil law to recognize moral prejudice in circumstances of death. See the comments made by Baudouin, *supra* note 15 at 732-34. For a detailed presentation and critique of the case law and doctrine in connection with this article, see J.-S. Poirier, "Autopsie d'une disposition disparue; l'article 1056 du Code civil du Bas Canada et le solatium doloris" (1995) 29 R.J.T. 657.

same as those of civil law.[45] This reliance on precedents may be due to the fact that the Code was interpreted as specific legislation rather than as a law of general application. It could also be due to the fact that the rule contained in a provision of the Code was seen as borrowed from English law. In the second case, it was a common belief that if the interpretation of the provision was uncertain, it should be interpreted by reference to English authorities.[46] This is what was done in *Town of Montreal West* v. *Hough*[47] and in *Renaud* v. *Lamothe*.[48] In other cases, the similarity between the civil law and the common law rules with respect to the solutions adopted led to the introduction of precedents in the reasons for judgment, with no consideration of confusion between the sources and methods of common law and those of civil law.[49]

An examination of these various examples of the relationship between civil law and common law leads directly to the conclusion that a tradition cannot be enriched through assimilation. Local sources[50] and the recognition of the role of a given tradition in the development of cultural identity are fundamental to establishing a relationship. Respect for a tradition holds the same place in this regard as language.[51] The movement for the affirmation of the autonomy of civil law developed largely as a result of the defence of this identity.

In fact, the enrichment of a tradition through contact with other traditions presupposes recognition of that tradition as, if not the other's equal, at least existing as a tradition based on a system that is complete in itself. Enrichment also requires that what is borrowed from foreign legal systems be incorporated in a manner consistent with respect for the organisation and the general principles of the receiving system. This explains in part why there was so much reaction to the Supreme Court of Canada judgments interpreting civil law using rules of common law. The fear of common law's power to assimilate civilian culture greatly contributed to the movement for the defence of the integrity of civil law.[52] One of the pillars of this movement was Mignault, a justice of the Supreme Court.[53]

Time and again in his judgments Mignault asserted the autonomy of the civil law as a system and the fact that each system had to be approached in accordance with the rules of that system.[54] One of the landmark decisions on this point was *Desrosiers* v. *The King*.[55] Mignault put forth this

---

45 On the authority of precedents and the problem relating to the characterisation of authorities in respect of both traditions, see A Mayrand, "L'autorité du précédent au Québec" in J.-L. Baudouin *et al.*, eds., *Mélanges Jean Beetz* (Montreal: Thémis, 1995) 259 at 261; Parent, *supra* note 39 at 163-64.

46 The interpretation of the Civil Code by reference to authorities used in the legal system from which a provision was derived was suggested by F.P. Walton as the twelfth rule of interpretation in *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (Montreal, Wilson & Lafleur, 1907) at 130. The rule was stated as follows: "When a provision is derived from the French law it is to be interpreted by reference to French authorities, and when it is derived from the English law by reference to English authorities."

47 [1931] S.C.R. 113.

48 *Supra* note 18.

49 See e.g. the authorities cited by Strong J. in *Drysdale* v. *Dugas* (1895), 26 S.C.R. 20 at 21ff.; those cited by Anglin J. in *Colonial Real Estate Co.* v. *Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal* (1918), 57 S.C.R. 585 at 590ff. [hereinafter *Colonial Real Estate*].

50 See Baudouin, *supra* note 15 at 726.

51 On the essential character of language in the development of the human being and the latter's relationship with the community, see *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 at 744.

52 See for a description of the main motivations and concerns that made the preservation of the integrity of the civil law a dominant issue in the doctrine of the period 1922-1939, Normand, *supra* note 32.

53 See Howes, *supra* note 14, for a description of Mignault's position on the relationship between legal traditions while he was justice at the Supreme Court of Canada.

54 See e.g. Colonial Real Estate Co., *supra* note 49 at 603; *Mile End Milling Co.* v. *Peterborough Cereal Co.*, [1924] S.C.R. 120 at 129.

55 (1920), 60 S.C.R. 105. It is interesting to note two of the key words under which the case is classified: *civil law cases* and *English decisions*. They give a good indication of the importance of the issue of usage of English precedents in the interpretation of Quebec civil law.

idea and stressed the fact that there was no reason to import a foreign rule, especially not the English precedents, simply because civil law rules were consistent with those of common law:

> Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait en accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, et surtout en matière de mandat, le code civil et la *common law* contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raisons citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière.[56]

Mignault previously made similar comments in *Colonial Real Estate Co.* v. *Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal*.[57] In *Mile End Milling Co.* v. *Peterborough Cereal Co.*,[58] he would later assert the need to preserve the integrity of civil law, disapproving at the same time the practice of lawyers of submitting authorities drawn from common law.

Mignault has been criticised for having an inward-looking attitude in terms of the relationship that civil law should have with common law. The image of the "cloison étanche et infranchissable sépar[ant] les deux grands systèmes juridiques",[59] drawn from one of his texts, has often been cited as an expression of this inward-looking attitude and a rejection of comparative legal analysis and of a dialogue between the traditions.[60] However, this image must be examined in context if its scope is to be understood. The image of the barrier referred to cases in which the text of the Civil Code provided for the principle applicable to a given situation. Thus, he indicated that a common law solution that cannot be reconciled with the text of the Code is condemned in advance. The door will hold fast against all assaults.[61] Therefore, the image of the barrier does not reflect a rejection of comparative analysis but a form of protection against the assimilation of one tradition by another or interference or absorption of one to the benefit or detriment of the other. Mignault did not exclude the benefits of comparative analysis or the relevance of reference to foreign laws when a new solution was called for, especially in the context of the law reform process. Nevertheless, his focus remained the assertion of the intrinsic autonomy of civil law and its wholeness in relation to common law.

While he sat on the Supreme Court and in his subsequent writings, Mignault successfully promoted the idea that there was such a thing as purely civilian thinking. A contributor to the *Revue du droit*, he was not alone among Quebec legal scholars in promoting the protection of the integrity of civil law. His contribution to the development of civil law as an autonomous system of law is undeniable. In an overview of his years on the bench, J.-G. Castel stated that "sous sa direction, la Cour suprême allait dorénavant appliquer plus strictement les principes et les méthodes du droit civil

---

56 Ibid. at 126. In giving his reasons for judgment, Mignault used civil law sources and expressly stated that common law precedents should not be introduced as authority in civil law. Anglin and Brodeur JJ. were of the same view.

57 *Colonial Real Estate*, *supra* note 49 at 603.

58 *Supra* note 54 at 129.

59 Mignault, *supra* note 32 at 206; P.-B. Mignault, "Le Code civil de la province de Québec et son interprétation" (1936) 14 R. du D. 583.

60 See e.g. Howes, *supra* note 14 at 546ff.

61 Mignault, *supra* note 32 at 206. The original text reads as follows: "Une solution de la *common law* qui ne peut se concilier avec le texte du Code est condamnée d'avance. De ce côté, la porte est close contre toute pénétration."

dans son interprétation du Code Civil de la province de Québec."[62] Mignault's mark on the interpretation of the relationship between civil and common law in a national legal context could reach its full potential only after the abolition of appeals to the Privy Council in 1949.

Until appeals to the Privy Council were abolished in civil matters, common law's position over civil law would necessarily remain. Despite the fact that civil law was not entirely foreign to the Privy Council because it heard cases from Scotland and Scottish lords were sometimes sitting, it generally tended to favour the use of precedents, even in cases from Quebec.[63] In fact, until the Supreme Court became the final court of appeal for Canada, it felt bound by the precedents set by the Privy Council.[64]

Even Mignault felt bound by the Privy Council's precedents, despite his many statements asserting the completeness of the civilian system and its full autonomy with respect to its methods of reasoning and sources. Surprisingly, in *Canadian Vickers Ltd.* v. *Smith*,[65] Mignault offered reasons based on the precedent established in *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* v. *Vandry*[66] and *Watt & Scott Case*[67] which he followed. It is worthwhile to reproduce his statements:

> In the *Watt & Scott Case*, their Lordships explained the meaning of their decision in the *Vandry Case*, and these two decisions should be read together. It is therefore authoritatively determined that article 1054 establishes, for damages caused by a thing which a person has under his care, a liability which is defensible only by proof of inability to prevent the damage.[68]

What is surprising in Mignault J.'s reasons is that in *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* v. *Vandry*,[69] the Civil Code was considered as a simple statute. The Privy Council adopted a style of reasoning with respect to the interpretation of a civil code that was foreign to the civilian tradition by considering it to be a law of specific application in relation to the common law rule.

However, as Albert Mayrand stated with respect to the authority of precedents set by the Privy Council during the colonial period of the Supreme Court, the Privy Council's decisions imposed themselves because of their binding nature as precedents rather than because of their persuasive authority.[70]

Although the civil law rule was applied as is by the Privy Council on a few occasions, in that colonial context, courts obviously interpreted the law in light of the laws of the Empire and ensured they were consistent.[71] This accordingly limited the development, within the Supreme Court of Canada, of the willingness to recognize the distinctive characters of the two traditions, including their respective methods of interpretation and the specific role of the Civil Code in Quebec's legislative corpus.

---

62 J.-G. Castel, "Le juge Mignault défenseur de l'intégrité du droit civil québécois" (1975) 53 Can. Bar Rev. 544 at 544.

63 See e.g. the use of precedent in *Porteous* v. *Reynar* (1887), 9 A.C. 356. Even Mignault J. felt bound by the decisions of the Privy Council. See e.g. *Canadian Vickers Ltd.* v. *Smith*, [1923] S.C.R. 203.

64 See Mayrand, *supra* note 45 at 264ff.

65 *Supra* note 63 at 211ff.

66 *Supra* note 40.

67 [1922] 2 A.C. 555.

68 *Supra* note 63 at 211-12.

69 *Supra* note 40.

70 Mayrand, *supra* note 45 at 264.

71 On the binding authority of precedents from the Privy Council and the House of Lords on colonies applying English law, see *Robins* v. *National Trust Company Ltd.*, [1927] A.C. 515. See also *Trimble* v. *Hill* (1879), 5 A.C. 342 at 344.

Following the abolition of appeals to the Privy Council, the Supreme Court of Canada finally became Canada's true final court of appeal[72] and could choose its own policies. This is exactly what it did in the area of civil liberties.[73] Since the requirement to interpret laws consistently with the law of the metropolis no longer existed, it also became easier to become more open to the uniqueness of Quebec civil law. Following the trend towards the recognition of civil liberties by the Supreme Court, the court awarded damages for the infringement of fundamental rights, using the broadness of the rules of "delictual" civil liability in Quebec civil law through the application of article 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*.[74]

Questions about and criticism of how the relationship between civil law and common law appeared in the decisions of the Supreme Court encouraged the development of an awareness among authors and judges that civil law is a system that is different from common law. To a certain extent, the examination of the Supreme Court decision by judges and authors laid the groundwork for the establishment of the foundations of an autonomous and modern civil law. The new judicial freedom of the Supreme Court of Canada will further a better recognition of this autonomy and a more faithful expression of the relationship between the two traditions as they interact in Canada.

II – The equal recognition of civil law and common law

While some consider that civil law was recognized as an autonomous system before the Supreme Court of Canada when Mignault was on the bench at the beginning of the century, others believe that it was not until the 1950s that such autonomy was achieved.[75] In fact, the Supreme Court's new freedom and the many statements about the integrity of civil law in certain judgments and in doctrinal comments were not sufficient in themselves to guarantee the autonomy of civil law with respect to common law.

True recognition of the autonomy of civil law in relation to common law would become possible only with a developing awareness of the conceptual autonomy of civil law in relation to common law. At the Supreme Court of Canada, this awareness was evidenced by a rejection of common law and its precedents as a source of Quebec civil law (A). From that point on, with the recognition of the autonomy and distinct identity of civil law, the equal recognition of both civil law and common law traditions became possible. This equal recognition at the Supreme Court finds expression in the confirmation of the complementary relationship between civil law and federal law given the absence of a general federal common law (B).

A – The developing awareness of the conceptual autonomy of civil law in relation to common law

The problem of the confusion in the formal sources of Quebec civil law did not prevail only within the Supreme Court but also in the practice of the law as lawyers and judges of the lower courts routinely used common law precedents. In addition, the rules set out in Quebec statutes were not consistent with the main text of Quebec civil law: the Civil Code. The rules set forth in the

---

72 S.C. 1949, c. 37, s. 3. On the abolition of appeals to the Privy Council and the circumstances that led to the empowerment of the Supreme Court of Canada, see B. Laskin, "The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians" (1951) 29 Can. Bar Rev. 1038; Snell and Vaughan, *supra* note 10 at 171ff.

73 See G.A. Beaudoin, "La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux" (1975) 53 Can. Bar Rev. 675; D. Gibson, "And One Step Backwards: The Supreme Court and Constitutional Law in the Sixties" (1975) 53 Can. Bar Rev. 621; W.S. Tarnapolsky, "The Supreme Court of Canada and the Canadian Bill of Rights" (1975) 53 Can. Bar Rev. 649.

74 See e.g. *Chaput* c. *Romain*, [1955] S.C.R. 834; *Roncarelli* v. *Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Lamb* v. *Benoît*, [1959] S.C.R. 321.

75 See the references in Glenn, *supra* note 9 at 210.

statutes were drafted without always taking into account the rules of the Civil Code, sometimes even contradicting them. This situation made the relationship among the various rules of Quebec civil law unintelligible, leaving something to be desired both with respect terminology and interpretation.

Accordingly, the Quebec legislature proceeded to have the Civil Code revised. This occurred some ten years after Canadian courts acquired their independance from the Privy Council. In 1955, the Civil Code Revision Office was created. In contrast with the mandate given to the Codifiers for the 1866 Code, which was to consolidate the laws in applicable at that time in order to bring about greater certainty of the law, the Office's mandate was more general. No guidelines were laid down along which the spirit of the reform, the direction of the work or its scope were to be carried out.[76] However, the revision initiated in 1955 and completed in 1978 was a true revision of the law. The 1866 Code had "ceased to be a symbol of permanence, and ha[d] instead become one of rigidity, the reflection of a static, even stagnant, conception of a certain social order."[77] The revisers were guided by the desire to modernise the law in order to bring it in line with the new economic and social realities of a rapidly evolving society.

In addition to the need to put an end to the static rigidity of the Code, the Office was also preoccupied in its work of keeping "the civilian system vigorous" [78] and alive. While recognizing that it was not up to the courts "to ensure a systematic and coordinated evolution of the rules of law",[79] the revisers were nonetheless guided by the desire to right the wrongs caused by the court decisions that became accepted as authorities. In light of the assaults by the legislature and the courts on the internal coherence of civil law, the need to recreate "the organic unity of the Civil law" [80] was clearly present.

The revision work of the Office is thus characterised by the same concern for safeguarding the integrity of civil law that guided Mignault, although the Office was more open to outside solutions. Its work and the report that followed had a considerable impact on the development of a collective awareness of the conceptual autonomy of civil law in relation to the common law. They contributed to the coming to maturity of Quebec law in its relationship with other legal systems, notably common law and French civil law.[81] This general context of a collective examination of Quebec civil law played an important role in the evolution of attitudes toward the place and the unique characteristics of civil law at the Supreme Court of Canada.

It was in this context of a developing collective awareness that the Supreme Court of Canada followed Mignault's footsteps and came to recognize the sources of the civil law and set aside the idea of unifying Canadian law through the common law. H Patrick Glenn described this change as follows:

---

76 P.-A. Crépeau, "Foreword" in Civil Code Revision Office, *Report on the Quebec Civil Code*, vol. 1, *Draft Civil Code* (Quebec: Éditeur officiel du Québec, 1978) xxiii at xxii.

77 Ibid. at xxv.

78 Ibid. at xxviii.

79 Ibid. at xxvi.

80 Ibid. at xxxviii.

81 On the different periods of influence of common law and French doctrine on Quebec civil law, see P.-G. Jobin, "Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation" (1997) 38 C. de D. 475.

> Depuis au moins le milieu du siècle, il est devenu clair que la Cour suprême a renoncé définitivement à l'idée de l'unification nationale du droit et à l'idée que la comparaison des droits doit servir à la construction de nouvelles règles, exclusives et impératives. Ce changement s'est effectué d'abord par une revalorisation des sources du droit civil, notamment de la doctrine québécoise et française, et par une reconstruction de l'impossibilité d'écarter systématiquement tout un *corpus* de règles dont la qualité et la cohérence ne souffrent en rien d'une comparaison avec la common law.[82]

On examination of the doctrine and of the work of the Civil Code Revision Office shows the increasing importance of French doctrine and Quebec doctrine in the interpretation of Quebec civil law.[83] The movement toward a more widespread use of the sources of civil law to interpret civil law can also be seen in judgments. The situation had clearly changed despite the fact that the common law often served as suppletive law[84] in the interpretation of both federal and Quebec statutes and even of the *Civil Code of Lower Canada*, which was sometimes considered a mere "statute".[85] Although at that time, common law precedents were still used in some Supreme Court judgments,[86] sources of civil law were being used more and more often as the basis for decisions in the interpretation of Quebec civil law.[87]

The movement dissociating the sources and methods of interpretation of civil law from those of common law was a slow one. The way in which the completeness of the Quebec civil law system and the internal coherence of the Civil Code came to be recognized can be illustrated by how *solatium doloris* in civil law was considered by the Supreme Court.

In 1887, the Supreme Court of Canada refused to grant damages for *solatium doloris* in *Canadian Pacific Railway Co.* v. *Robinson*.[88] Based on the argument that article 1056 of the *Civil Code of Lower Canada* was a codification of a Canadian statute modelled on the *Lord Campbell's Act*,[89] the Supreme Court denied compensation for bereavement as a result of the death of a close relative. Because the Code's provision seemed to be patterned after a Canadian statute applicable to both Lower Canada and Upper Canada that predated 1866, the Court held that the rule had to have uniform application. Because it was of English origin, it had to be interpreted according to English law. As there was no compensation for *solatium doloris* in English law, article 1056 could not be used to award such compensation.

In the appeal before the Privy Council,[90] the issue of *solatium doloris* was mentioned only in *obiter*. The Privy Council considered that the Code had to be interpreted on its own terms, without recourse to pre-existing laws. It noted that article 1056 of the *Civil Code of Lower Canada* was substantially different from the Canadian statute of 1859, which used the wording of the *Lord*

---

82 Glenn, *supra* note 9 at 211.

83 On the influence of French doctrine in Quebec, see P.-G. Jobin, "L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents" in H.P. Glenn, ed., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance* (Cowansville: Yvon Blais, 1993) 91.

84 Baudouin, *supra* note 15 at 723.

85 See e.g. *Lamontagne* v. *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* (1915), 50 S.C.R. 423 at 427; *Robert* v. *Montreal Trust Co.* (1917), 56 S.C.R. 342 at 363; *Town of Montreal West* v. *Hough*, [1931] S.C.R. 113 at 120-21.

86 See e.g. *Parent* v. *Lapointe*, [1952] S.C.R. 376; *Chaput* v. *Romain*, *supra* note 74; *Griéco* v. *Externat Classique Ste-Croix*, [1962] S.C.R 519.

87 See e.g. *Eaton* v. *Moore*, [1951] S.C.R. 470.

88 *Supra* note 13.

89 Ibid. at 116.

90 *Canadian Pacific Railway* v. *Robinson*, [1892] A.C. 481 (P.C.).

Campbell's Act.[91] The Privy Council also considered that the manner in which the Canadian statute applied was not uniform. Its scope of application was different in the two provinces, Upper and Lower Canada. In Lower Canada, the provision restricted the rule of civil law by limiting the category of persons who had a right of action. In Upper Canada, it created a new right of action then unknown in common law, so as to attenuate the rigidity of a judicial rule of common law. Some years later, the Privy Council restated the comments it had made in *Robinson* in *Miller* v. *Grand Trunk Railway Co.*[92]

The *obiter* is interesting in a number of ways. It asserts the distinctiveness of the *Civil Code of Lower Canada* and allows for a different application of the same law in depending on whether it forms part of the corpus of rules applicable in civil law or in common law.

Quite surprisingly, subsequent decisions of the Supreme Court of Canada did not take into account the comments made by the Privy Council on the interpretation of article 1056. The Court continued to apply the rule it had established in *Robinson*.[93] Lower courts in Quebec however tended to support recognition of *solatium doloris* by giving a broad interpretation of the Civil Code, thereby circumventing the application of the rule established in *Robinson*.[94] Given the approach adopted by the Supreme Court, the case law was therefore divided. It was not until *Pantel* v. *Air Canada*[95] that the interpretation of article 1056 from the civil law point of view was re-established at the court.

In *Pantel*, beyond tracing the origins of article 1056, Pigeon J. cites the Lords' comments in *Robinson*[96] and in *Miller*.[97] He then referred to the decisions of the Privy Council to distinguish article 1056 from the *Lord Campbell's Act*:

> Art. 1056 *C.C.* must therefore be interpreted, not as reproducing a statute of English inspiration, but as a new provision forming part of a codification in which some fundamental principles are radically different from those of the common law, in terms of which *Lord Campbell's Act* was written. [...] What we have since 1867 is a code, and its provisions on this subject must be interpreted in keeping with the whole of which it is a part. Among the fundamental principles of that whole, which are radically different from those of the common law, is the absence of the maxim *actio personalis cum persona moritur*.[98]

The decision in *Pantel* marked a new era in the interpretation of the *Civil Code of Lower Canada* with regard to the need to interpret its provisions in keeping with the internal logic of the Code and taking into account all other provisions included thereof. As one author observed concerning the incorporation of a rule from English law in a provision of the Code, this incorporation does not necessarily entail, in the case of article 1056, the incorporation into civil law of the principles of compensation of English law.[99] If the rule is of foreign origin, its incorporation does not

---

91 Ibid. at 487.

92 [1906] A.C. 187 (P.C.) at 195.

93 See the cases cited by Poirier, *supra* note 44 at 670-72.

94 See A. Mayrand, "Les chefs d'indemnité en cas d'accident mortel" (1967-68) 9 C. de D. 639 at 663-64; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* 5th ed. (Cowansville (QC): Yvon Blais, 1998) no. 394 at 259.

95 [1975] 1 S.C.R. 472 [hereinafter *Pantel*].

96 *Supra* note 90.

97 *Supra* note 92.

98 *Pantel*, *supra* note 95 at 478.

99 Poirier, *supra* note 44 at 666.

imply the integration of the entire legal regime that applies to the rule of origin. The incorporated rule must be blend with the existing corpus of rules in the receiving legal system. In the case of article 1056 of the *Civil Code of Lower Canada*, the provision was incorporated as part of the regime of civil liability set forth in the Code. Thus, the Canadian statute based on the *Lord Campbell's Act* became part of the rules on liability applicable prior to codification in Lower Canada. These rules were of French origin.

Notwithsatnding *Pantel*, the interpretation of article 1056 was raised again before the Supreme Court in *Augustus* v. *Gosset*.[100] The recognition of *solatium doloris*, and in particular, the extent of compensation under this head of damage was finally settled. In *Gosset*, L'Heureux-Dubé J. clarified the distinctions between civil law and common law with respect to moral prejudice and emphasized the "specificity of the legal tradition of Quebec".[101]

The impact of the decision in *Gosset* was limited given that the *Civil Code of Quebec* did not include a provision similar to article 1056 of the *Civil Code of Lower Canada*. The new Code instead provides a general statement of principle with respect to civil liability. Still, the rejection of English precedent and the idea of an internal coherence of civil law were clearly established in *Gosset*. The logic of civil law was clearly distinguished from the logic of common law with respect to civil liability. There are different principles in the two traditions which, when applied to the same issues, result in different solutions because each tradition has its own specificity.

This development in the recognition of *solatium doloris* in Quebec law is an example of the belated consecration of the specificity of civil law at the Supreme Court of Canada. Even in the 1980s, some were in fact still advocating the creation of a civil division for the Supreme Court.[102] The borrowing of common law categories and precedents was not seriously questioned until the late 1970s,[103] and, even at that time, there was hesitation over the dissociation of traditions with respect to the borrowing of common law categories to interpret the civil law.

The same hesitation was apparent in the case of trespass, even though the Supreme Court did not fall into trap of assimilating traditions despite the frequent reliance of the lower courts on certain common law notions.[104] In Albert Mayrand's view, the confusion between the common law rule and the civil law rule was, in the early 1960s, a relatively recent feature in Quebec courts decisions.[105] At the Supreme Court of Canada, despite numerous references in some of its judgments to common law decisions regarding trespass,[106] the Court has apparently never directly applied the theory of trespass with respect to Quebec civil law. While not directly imposing the doctrine of trespass on civil law, the Court's references and comments do not, however, dissociate the common law theory of trespass from the circumstances specific to the establishment of civil liability in civil law. Where circumstances could give rise to distinctions at common law, that is to say whether the victim was an invitee, licensee or trespasser on the defendant's property, the Court did not exclude these distinctions from the civil law regime of liability.

---

[100] [1996] 3 S.C.R. 268.

[101] Ibid. at 288.

[102] See Crépeau, *supra* note 32 at 633-34.

[103] Note that the decision in *Pantel*, *supra* note 95, dates back to 1975.

[104] See the decisions cited in A. Mayrand, "À quand le trépas du 'trespasser'?" (1961) 21 R. du B. 1.

[105] Ibid. at 17.

[106] The cases cited by A.Mayrand, ibid. at 20 are: *Verdun (City)* v. *Yeoman*, [1925] S.C.R. 177; *Canadian National Railways* v. *Lepage*, [1927] S.C.R. 575; *Ouellet* v. *Cloutier*, [1947] S.C.R. 521; and *Canadian National Railways* v. *Lancia*, [1949] S.C.R. 177.

The Supreme Court of Canada first comments on the application of these distinctions in civil law were made by Beetz J. in *Hamel* v. *Chartré*.[107] The comments made in the reasons for judgment did not however indicate a clear exclusion of the theory of trespass at civil law. Concurring in the trial court's finding—that the victim's presence on the defendant's land was justified—, Beetz J. found that it was therefore not necessary to rule on the issue of the application of trespass. He expressed some doubt, however, as to the application of the distinctions between invitee, licensee and trespasser in civil law.[108]

It was not until 1982, in *Rubis* v. *Gray Rocks Inn Ltd.*,[109] that the Supreme Court of Canada clearly confirmed that the theory of trepass was foreign to Quebec civil law. Beetz J. observed that he was now convinced that the categories of trespass did not apply in Quebec civil law:

> [I] no longer entertain any doubt, and I am of the opinion that it is an error to refer to these common law categories [invitee, licensee, trespasser] in the civil law. They detract from the generality of art. 1053, disregard the presumption of art. 1054 and the special provisions of art. 1055, and we cannot be sure that they would necessarily lead to the same result as the civil law principles.[110]

Trespass had finally passed on. However, in addition to rejecting trespass, Beetz J. reaffirmed and cited[111] Mignault J.'s comments in *Desrosiers* v. *King*[112] on the exclusion of common law precedent in the interpretation of a Civil Code provision and on the completeness of the civil law system.

In another example, that of wills, where English law had a definite influence through the contribution of freedom of willing, the Supreme Court interpreted the provisions of the Code in accordance with English law over an extended period of time.[113] As the idea and scope of freedom of willing are essentially English, lawyers and the courts generally referred to English law in matters relating to the exercise of freedom of willing, with regard to both capacity and consent. Yet, for the same reasons as those raised with respect to compensation for *solatium doloris*, it is not because a rule is imported from common law that the legal system of which it is a part automatically applies in civil law. When the receiving system has general rules that can govern ancillary matters pertaining to other legal concepts, it is these rules that should complement the borrowed principle. In *Municipal Corporation of United Districts of Stoneham and Tewkesbury* v. *Ouellet*,[114] Beetz J. directly addressed the question of the relationship between civil law and common law in matters respecting wills. Having to decide on the issue of undue influence (*captation*), he rejected any reference to English precedents:

---

[107] [1976] 2 S.C.R. 680.

[108] Ibid. at 688.

[109] [1982] 1 S.C.R. 452.

[110] Ibid. at 468.

[111] Ibid. at 469.

[112] *Desrosiers*, *supra* note 55.

[113] See the discussion on *Renaud* v. *Lamothe*, *infra* note 18.

[114] [1979] 2 S.C.R. 172.

> The Court was referred by both sides to a large number of English decisions or decisions in cases from other provinces, for the reason that the unfettered freedom to devise or bequeath one's property by will comes from English law, and that there are analogies between the concept of undue influence in English law and undue influence (*captation*) in the civil law. The case at bar does not concern the unfettered freedom to devise any more than it concerns a will in the form derived from the laws of England. [...] I not only hesitate to use decisions from other provinces in a civil law matter, I am not in any way bound by a decision of this Court [...] dismissing an appeal from a decision of the Court of Appeal of British Columbia. [...] In my opinion this old case comes very close to introducing into private law the rule in *Hodge's* case on reasonable doubt in the criminal law. This theory has no bearing on the provisions of the civil law as to evidence.[115]

In this decision, the difference between the concept that was borrowed from English law and the interpretation of the framework for its application was raised, as was the idea of an organic unity of the Code in its interpretation. Reference to the legal system from which the concept was derived is thus of only limited scope. In the case of the freedom of willing, Beetz J.'s comments clearly show that reference to English law might have been appropriate with respect to the nature and basis of testamentary freedom. However, the case did not concern the substance of that freedom, but the nature of consent to the legal act of making a will. Undue influence (*captation*) having an effect on the will to devise, it bears on the issue of the capacity to consent.

The rule suggested previously by Walton, who advocated an interpretation of the Code according to the legal rules at the origin of the provision of the Code,[116] was no longer entirely appropriate. The judgments in *Pantel* and *Ouellet* are powerful examples of the rejection of complete incorporation of the law of origin and of the use of English precedent.

English law is not however completely excluded from the analysis of civil law. It must fit into the body of civil law rules and its introduction has a limited role in their interpretation. A perfect illustration of this type of relationship between concepts of English origin and their interpretation in civil law is *Royal Trust Co.* v. *Tucker*,[117] which raised the question of the nature of the trust and related rights. This decision, which described the origins of the Quebec trust and characterised the interest as a "*sui generis* property right"[118] has received considerable attention. We do not intend to repeat or describe the criticism or the course of developments that followed the judgment. What is interesting, however, from the standpoint of the development of civil law with regard to a concept of English origin is the trouble the Court took to distinguish between civil law and common law trusts. The trust is the quintessential common law institution, symbolic of the distinction between "legal title" and "beneficial ownership", which are difficult to reconcile with the civil law notions of right and property. Despite the difficulties involved in matching the concept of trust with the conventional categories of civil law property right, the Court attempted to distinguish the Quebec trust in conceptual terms from the common law trust:

---

[115] Ibid. at 204. See also *Drouin-Dalpé* v. *Langlois*, [1979] 1 S.C.R. 621 at 624.

[116] Walton, *supra* note 46 at 130.

[117] [1982] 1 S.C.R. 250.

[118] Arts 1260ff C.C.Q. govern the trust and relate it to the theory of patrimonies by appropriation, which was not part of the *Civil Code of Lower Canada*.

> It is therefore legitimate to refer to English law [...] However, the argument is not conclusive, because the entire English law of trusts was not incorporated into the civil law. [...] the enactment of arts. 981*a et seq.* did not have the effect of introducing in Quebec the English distinction between legal title and beneficial ownership, a sort of dual ownership, and a concept foreign to Quebec law under which ownership is indivisible and vested in a single individual [...] English law is relevant only in so far as it is compatible with arts. 981*a et seq.* of the *Civil Code*.[119]

While the defence and conceptual development of civil law at the Supreme Court were long in coming, these judgments reflect the progress the Court made between the Mignault period and the early 1980s. Interpretation of the Civil Code in accordance with civil law rules and reference to civil law sources were increasingly common starting in the 1970s,[120] to become the method followed by the Supreme Court in analysing civil law issues.

As noted above, the successful completion of the work of the Civil Code Revision Office in 1978 was certainly not unrelated to the growing acceptance of the conceptual autonomy of civil law at the Supreme Court. The turning point marked by Beetz J.'s judgments in civil law cases corresponds to an important period in the collective re-examination of the concepts and sources of Quebec civil law. Quebec's civil law was no longer suffering an identity crisis.

Starting in the mid-1980s, there were fewer civil law judgments at the Supreme Court as a result of the litigation resulting from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.[121] The decisions on civil law thus became more visible and, at the same time, were more respectful of the civilian approach to analysing legal issues.[122] With this more civilian approach, the Court also relied on foreign sources to shed light on the socio-economic context and how legal rules evolve.

L'Heureux-Dubé J.'s comments in *Caisse populaire des Deux Rives* v. *Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*[123] say a great deal about the approach the Court adopted in the interpretation of civil law:

---

[119] *Supra* note 117 at 261.

[120] One need only read the Supreme Court's decision in *National Bank* v. *Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339, to observe this trend. For a description of this period when French doctrine had a predominant place in the interpretation of Quebec civil law, see P.-G. Jobin, "Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille" (1980) 21 C. de D. 257.

[121] Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

[122] See e.g. *Zodiak International Productions Inc.* v. *Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529 on the validity of an arbitration clause; *Lapierre* v. *Attorney General of Quebec*, [1985] 1 S.C.R. 531 on delictual liability in which the theory of risk was rejected; *C. (G.)* v. *F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244 on child custody and the exercise of parental authority; *Daigle* v. *Tremblay*, [1989] 1 S.C.R. 531 on the legal personality of the fetus; *Venne* v. *Québec (CPTA)*, [1989] 1 S.C.R. 880 on conditional obligation; *Bank of Montreal* v. *Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429 on mandate; *National Bank of Canada* v. *Houle*, [1990] 3 S.C.R. 429 on abuse of contractual rights; *Laferrière* v. *Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541 on civil liability in which the loss of chance theory was rejected in medical liability; *Garcia Transport Ltd.* v. *Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499 on the extinction of obligations; *P. (D.)* v. *S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, once again on custody and the exercise of parental authority.

[123] [1990] 2 S.C.R. 995.

> In the past, writers and courts have tended to look to foreign insurance law for answers to questions for which Quebec civil law did not seem to provide a solution. This broader view of the sources of law is partly a result of the nature of insurance law, which the codifiers noted in their Seventh Report, is a body of fundamental rules found in several countries: [...] this apparent similarity of the fundamental rules should not cause us to forget that the courts have a duty to ensure that insurance law develops in a manner consistent with the rest of Quebec civil law, of which it forms a part. Accordingly, while the judgments of foreign jurisdictions [...] may be of interest when the law there is based on similar principles, the fact remains that Quebec civil law is rooted in concepts peculiar to it, and while it may be necessary to refer to foreign law in some cases, the courts should only adopt what is consistent with the general scheme of Quebec law.[124]

This passage clearly illustrates the complexity that results from implementation of the law when similar legislative language is used to regulate of situations governed by different legal traditions. The same term may thus have many meanings depending on the tradition to which it belongs because of the other rules that make up the whole of the scheme of application. Herein lies the entire complexity caused by the variety of sources of Quebec civil law and its application in a bijural context. The incorporation of rules must be considered in accordance with the framework of the receiving system, and which differs from one tradition to another. It is therefore when the specificity of a tradition is recognized that the use of comparative analysis can be used to its fullest to understand the meaning of the rule based on its origin, its incorporation and its implementation.

When the *Civil Code of Quebec* came into force in 1994, the need to interpret the new provisions in light of varied sources led to increasingly frequent recourse to comparative legal analysis,[125] while at the same time respecting the civil law.[126] Unlike the period during which Mignault J. sat on the Supreme Court, protection of the integrity of civil law was no longer an issue. The mixed nature of Quebec law and the essentially civil law nature of its categories and interpretation characterise Quebec law in relation to the common law and also to European civil law. Its coming to maturity necessarily contributed to the recognition of its integrity and distinctive features. At least with respect to the interpretation of the Civil Code, the conceptual autonomy of Quebec civil law now appears to be established.

Moreover, with the recognition of the conceptual autonomy of Quebec civil law, how it may have influenced more recent Supreme Court judgments may be interesting in looking at the relationship between civil law and common law. Although some claim that the influence of the traditions no longer goes in only one direction—from common law to civil law[127]—it is an exaggeration to say that the common law has frequently drawn on civil law. There are of course several examples in which the Supreme Court has referred to civil law decisions. This was the case in *Rivtow Marine Ltd.* v. *Washington Iron Works*,[128] in which the Court cited *Ross* v. *Dunstall*[129] on manufacturer's liability. It is interesting to note that, in *Ross* v. *Dunstall*, the Supreme Court interpreted article 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* ensuring that its interpretation was not inconsistent with a rule established

---

[124] Ibid. at 1004.

[125] On the renewed popularity of comparative legal analysis, see Jobin, *supra* note 81 at 489ff.

[126] See e.g. *Béliveau St-Jacques* v. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Quebec (Public Curator)* v. *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Godbout* v. *City of Longueuil*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Aubry* v. *Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 S.C.R. 591.

[127] See C.D. Gonthier, "L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise" in *Journées Maximilien-Caron 1990, Enjeux et valeurs d'un code civil moderne* (Montreal: Thémis 1991) 3 at 8.

[128] [1974] S.C.R. 1189.

[129] (1921), 62 S.C.R. 393.

by English precedent. In *Sorochan* v. *Sorochan*,[130] it cited *Cie immobilière Viger Ltée* v. *Lauréat Giguère Inc.*,[131] but only for comparison as the basis of unjust enrichment can also find basis in common law. In another case, that of *Arndt* v. *Smith*,[132] McLachlin J. cited *Laferrière* v. *Lawson*[133] in support of her reasons on the balance of probabilities test in evaluating causation. Despite the variying levels of influence of civil law in these examples, they nevertheless illustrate an increased receptivity to comparative analysis of Canadian common law with Quebec civil law.

In family law, and more particularly with regard to child custody, the Court has seen fit to consider common law decisions in its civil law judgments, and vice versa, while recognizing the conceptual differences of the concepts in both traditions. The dialogue established between the two traditions in this field with regard to questions involving children, may be explained by a common thread running between them relating to the basis for every decision concerning children: the concept of the best interest of the child. This shared principle encourages common solutions, even if the reasons expressed based on the concepts specific to each tradition differ. L'Heureux-Dubé J.'s comparison in *Gordon* v. *Goertz*[134] which is based on the distinctions established on the concept of custody in *C. (G.)* v. *V.-F. (T)*,[135] is a good example of this trend, as is the analysis in *W. (V.)* v. *S. (D.)*.[136]

Furthermore, when the issue before the Court concerns universal values, there is a more pronounced tendency to mention the rules and solutions of either tradition. This finds expression in the decisions, for example in matters pertaining to human rights and freedoms,[137] including questions related to the protection of the fetus and the rights of the mother. The use of *Montreal Tramways Co.* v. *Léveillé*[138] or *Tremblay* v. *Daigle*[139] in *Dobson (Litigation Guardian of)* v. *Dobson*[140] and *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area)* v. *D.F.G.*[141] reflect this bridging of the gap between the two traditions. Each of these judgments, regardless of the question to be decided, turned on the same fundamental characterisation: the legal personality of the fetus before birth.

The dialogue between the traditions in the Supreme Court's decisions is consistent with the idea that the Supreme Court is more than a court of appeal for each of the provinces. Its position forces it to avoid unique solutions whose impact would be limited to the rights of the parties before it. In its decisions, and particularly the most recent ones, the Court appears to be motivated by a desire to consider the effect of its decisions in all jurisdictions, both civil and common law, while respecting the characteristics particular to each of them.

---

[130] [1986] 2 S.C.R. 38.

[131] [1977] 2 S.C.R. 67.

[132] [1997] 2 S.C.R. 539 at 565.

[133] *Supra* note 122.

[134] [1996] 2S.C.R. 27 at 69ff.

[135] *Supra* note 122 at 285.

[136] [1996] 2 S.C.R. 108 at 146ff.

[137] See e.g. *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area)* v. *D.F.G.*, [2000] C.S.J. No. 48, in which *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* v. *City of Montreal*, [2000] 1 S.C.R. 665 is cited on the concept of handicap with respect to the protection of the right to equality.

[138] [1933] S.C.R. 456.

[139] *Supra* note 122.

[140] [1999] 2 S.C.R. 753.

[141] [1997] 3 S.C.R. 925.

In these new directions taken by the Court, there appears to be a more pronounced reciprocal influence between traditions as comparative analysis becomes increasingly prominent in its judgments. There is also a more marked tendency toward universalism in the basis for solutions and in the solutions themselves, while the expression of the principles varies from one tradition to the other. This kind of unification through persuasion is very different from the unification of the law as it was exercised at the turn of the twentieth century, when unification generally meant assimilation of civil law by common law. This trend is somewhat related to the internationalisation of the law, which espouses a more universal language of law. It reflects the principle that there are universal values in both systems, which transcend mere statements of specific rules.

The comparative tendency of the Court could not have come about until the conceptual autonomy of civil law with respect to common law was recognized. Comparison can only stimulate consideration of the bases and solutions of each of the traditions to the extent that they are seen as equals, neither being less good or better than the other as a whole.

However, the Supreme Court's confirmation of civil law's conceptual autonomy and full equality with common law developed in the context of the interpretation of provincial rules. The question of the respective places of the two traditions is framed in different terms when considering how the legal duality developed in the federal context and how civil law managed to play a role in the interpretation of federal law.

B – The confirmation of the complementary relationship between civil law and federal law

Although Quebec civil law has succeeded in becoming conceptually autonomous from the common law, this factor alone is not sufficient to form the basis of the existence of a legal duality at the federal level. Although this autonomy is a necessary pre-condition for establishing such a duality, the rules of civil law must also be applicable in at this level; they have to be relevant to the application of federal law.

Despite the existence of Canadian bijuralism in practice, the answer to the question of whether there exists a complementary relationship of between civil law, as provincial law, and federal law, is not obvious. Although the complementary relationship between provincial laws and federal law has been discussed by legal scholars,[142] it was only after the Supreme Court formally denied the existence of a federal common law that this idea could develop to its full potential.

For a long time, the courts upheld the idea that there was a federal common law in all matters falling within the jurisdiction of the federal government.[143] At the constitutional level, it turns on the interpretation of section 101 of the *Constitution Act, 1867*. Its relevance and the judgments that contributed to the confirmation of the existence of a federal common law are related to the determination of the jurisdiction at the Federal Court that was established "for a better administration of the laws of Canada".[144] For a long time, the jurisdiction of the Federal Court was thought to mirror the areas falling under the federal government's jurisdiction pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, whether or not federal legislation existed.

---

[142] See J.-M. Brisson, "L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral" (1992) 52 R. du B. 345; J.-M. Brisson and A. Morel, "Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation" (1996) 75 Can. Bar Rev. 197, revised version of the text "Federal Law and Civil Law" in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism. Collection of Studies* (Ottawa: Department of Justice, 1997) 213.

[143] See P.W. Hogg, *Constitutional Law in Canada*, 4th ed. (Scarborough (Ont.): Carswell, 1997) at 181.

[144] Section 101, *Constitution Act*, 1867, *supra* note 5.

It was through the interpretation of the scope of section 101 of the *Constitution Act, 1867* that the Supreme Court opened the door to the recognition of bijuralism with respect to federal legislation. Used as the basis for the jurisdiction of the Federal Court, the expression "laws of Canada", was given a narrow interpretation.

The Supreme Court thus framed the relationship between federal law and provincial law with respect to the interpretation of federal law in a new way. The notion of an unwritten suppletive federal common law applicable throughout the country for all matters falling within the jurisdiction of the Government of Canada has been rejected. For there to be "laws of Canada", there must be, in principle, a federal statutory text. This can be drawn from *Quebec North Shore Paper Co.* v. *Canadian Pacific Ltd.*,[145] *McNamara* v. *R.*[146] and *R.* v. *Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*[147]

In *Quebec North Shore*, the Supreme Court reversed the conclusions reached in the first instance and on appeal by the Federal Court, holding that the jurisdiction of the Federal Court included all matters falling within federal legislative authority. It also rejected the argument that a provincial statute applicable to a situation in respect of which the federal government could legislate would become part of federal law through referential incorporation.[148] The Court reframed its conclusions in *McNamara*, stressing that it was not enough for the federal government to have the power to legislate in an area for there to be "laws of Canada", but that it had to have acted.[149] Then, in *Fuller*, the Court stated that even if a federal law regulated part of a legal situation falling within the jurisdiction of the federal Parliament, issues related to ancillary powers in a field regulated by provincial law did not constitute federal law, unless those powers were required for the effective exercise of Parliament's authority.[150]

However, the existence of a federal common law has not been entirely rejected since the jurisdiction of the Federal Court may found in and act, regulation or the common law.[151] Federal common law does in fact exist but in some areas, such as maritime law[152] and with respect to aboriginal title.[153] These exceptions will not be addressed here. There is also a federal common law that applies to the Crown in right of Canada.[154] Its scope is however limited, as established by these decisions and as recognized by legal scholars.[155]

The decisions in *Quebec North Shore*, *McNamara* and *Fuller* have often been criticised because of the byzantine distinctions they created with respect to the jurisdiction of the Federal Court. They appear to produce outcomes that are not very practical at the procedural level, especially with respect to litigation involving the Crown in right of Canada in matters of civil

---

[145] [1977] 2 S.C.R. 1054 [hereinafter *Quebec North Shore*].

[146] [1977] 2 S.C.R. 654 [hereinafter *McNamara*].

[147] [1980] 1 S.C.R. 695 [hereinafter *Fuller*].

[148] *Quebec North Shore*, *supra* note 145 at 1065.

[149] *McNamara*, *supra* note 146 at 658.

[150] Ibid. at 711.

[151] *Quebec North Shore*, *supra* note 145 at 1066 and *McNamara*, *ibid.* at 659 and 713.

[152] See e.g. *ITO—International Terminal Operators* v. *Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752.

[153] See e.g. *Roberts* v. *Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322.

[154] *McNamara*, *supra* note 146 at 662 and 663.

[155] See e.g. G. Faggiolo, "La Loi C-38, la nouvelle compétence de la Cour fédérale et ses relations avec la Cour supérieure" in *Développements récents en droit administratif (1990)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec (Cowansville (QC): Yvon Blais, 1990) 85; L.J. Townsend and H. Olson, "Les recours judiciaires exercés par et contre l'État" in *La Couronne en droit canadien* (Cowansville (Qc): Ministère de la Justice / Yvon Blais, 1992) 189.

liability.[156] While these decisions generate criticism at the procedural level, their effect on the recognition of a true complementary relationship between provincial law and federal law is clear. This is not generally discussed in legal commentary as the point of view put forward is related to procedural problems created by the dissociation of the rules of federal law from the institutions governed by provincial law. And yet, it is essential to the understanding and confirmation of Canadian bijuralism applied to the federal level.

Aside from their direct application to the procedural issues they resolved, the impact of these decisions is to allow for two fundamental conclusions to be drawn, that are critical to the establishment of a complementary relationship between provincial law and federal law. The first is that, since federal law is not autonomous, it must, in order to apply where federal law is silent, have a basis in provincial law rather than in a purely federal common law. The second is that, in the absence of a federal common law, provincial law must serve as the general law for federal law.

The first conclusion alone does not prove a true relationship of complementarity between provincial law and federal law. Before the decision in *Quebec North Shore*, it was generally believed that a federal common law did exist and that the expression "laws of Canada" could be broadly construed. Any rule that was applied in an area falling under authority of the Parliament of Canada pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867* constituted a law of Canada. However, if there was no act or regulation of Parliament, or common law precedent applicable in that area, the courts had regard to provincial law to properly regulate situations falling within that area. Federal law was not entirely autonomous since the provincial rules formed a relationship of complementarity with the rules that were specific to federal law.

However, this relationship did not establish true complementarity. Federal law could certainly draw on concepts from provincial law in order to fill for its gaps, but once they had become part of federal law by referential incorporation, there was no longer complementarity but assimilation. Depending on the situation, the incorporation of a provincial law rule transformed it into a federal law rule. The difficulty that then arose was one of recognition. The complementary relationship was limited to an implicit reference to provincial law, the effect of which was incorporation by reference. Through incorporation, the federal law was seen as a whole, subject to its own rules of interpretation and the characteristics of the provincial law were lost.

Here lies the true problem, especially for civil law. If the idea of a federal law, made complete through incorporation of provincial rules had survived, the civil law concepts that served to fill the gaps, such as in matters of contracts, would have been interpreted on the basis of precedents of federal law. A common law unique to federal law and different from the various common laws in the provinces would have developed in its own context. Federal law precedents, applicable to all legal situations falling within federal legislative authority, would also have applied in the same way to situations created in the civil law context and to those created in a common law context.

If this were the case, the distinctive features of the civil law concepts would not have been recognized. By interpreting civil law concepts on the basis of federal common law precedents, the interpretation of both common law and civil law institutions would have been done without regard to the distinctive features of both traditions. This common basis for interpretation would have created a uniform rule for the civil law and common law. Unlike the assertion of the specific nature of the civil law in the interpretation of the Code and of the civil law rules in a strictly provincial context, this

---

[156] See comments by Hogg, *supra* note 143 at 182-3 as well as the references mentioned by the author.

specificity would have been lost in a federal context. The same concepts would no longer have been considered in an autonomous conceptual framework, but as an integral part of federal law. A different meaning would have been developed through assimilation as to meaning and reasoning to common law concepts.

The impact of the decisions in *Quebec North Shore*, *McNamara* and *Fuller* on the need to better understand the complementary relationship between federal law and Quebec law is significant. The acknowledgement of this relationship between federal law and provincial law could only have come about with the acceptance of the idea that there is no federal common law. Even simply on a symbolic level, the rejection of an autonomous federal law and a separate federal common law means that civil law, as a system, could be considered and be recognized as an equally important tradition at the federal level. This could then lead to true complementarity between Quebec civil law and federal law.

But the federal law's lack of autonomy alone is not enough to allow for the development of a relationship of complementarity. It is not complete without the idea that provincial law is the general law for federal law.

Provincial law can only have a role as the general law for federal law if there is no federal common law for all areas falling under federal legislative authority. If an unwritten federal common law did exist, when the law was silent, this common law would apply rather than provincial law that acts as a backdrop to federal law. With this kind of corpus of rules, provincial laws, whether based on civil law or common law would have no impact on the framing of the rule. The case of maritime law is a good example of how provincial law is excluded from its development and how the federal common law specific to maritime law serves as the general common law in this area.

Thus, since *Quebec North Shore*, *McNamara* and *Fuller*, that which constitutes property and civil rights under subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867* does not fall under federal jurisdiction simply because some of the concepts from provincial law are required to implement of a federal rule. The issue of determining which law applies where federal law is silent is fundamental to the development of bijuralism at the federal level.

Identification of the rules that apply where the law is silent is quite complex and requires a more complete analysis that goes beyond the objectives of this paper. However, it would be worthwhile to mention that the way complementarity comes into play with the background of provincial law cannot be fixed at once so as to apply to all situations. For example, when the general law is that of the common law provinces, in principle, this general law is established by the provincial common law (the principles established by court decisions). However, the complementary relationship between federal law and provincial law may also be established with common law and the specific legislation when the legal rules and framework set out in the statutes are required for the implementation of federal law.

The same is true for Quebec. Although the main source of civil law in Quebec is the Civil Code, "[t]he Civil Code does not contain the whole of civil law. It is based on principles that are not all expressed there, which it is up to case law and doctrine to develop [...]"[157] In principle, the Code and the general principles of law are considered to be the general law[158] and will be suppletive to the

---

[157] *Cie immobilière Viger Ltd.* v. *Lauréat Giguère Inc.*, *supra* note 131 at 76, repeated in *Vidéotron Ltd.* v. *Industries Microlec*, [1992] 2 S.C.R. 1065 at 1080.

[158] Brierley, *supra* note 37; Brisson, *supra* note 37.

federal law.[159] Federal law, however, can also establish a complementary relationship with the corpus of Quebec private law, including the rules set out in specific legislation, as it does with the common law provinces.

Thus, in the absence of federal statutory provisions that expressly establish a dissociation from provincial laws, federal law is interpreted as a law that acts as an exception to the rule of law set by the general laws of the provinces. It may appear in a broader relationship of complementarity with the entire legislative corpus of the provinces, including specific legislation, as in subsection 72(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.[160] The Supreme Court of Canada has in fact confirmed this complementarity between federal law and provincial law.[161]

Therefore, complementarity comes into play in various ways with different backdrops. But whatever form complementarity takes between provincial law and federal law, it confirms the dialogue between the two levels.

Through the complementarity of federal and provincial law and the equality of traditions, the expression of bijuralism at the federal level has become more than a simple statement about the co-existence of traditions. When they apply federal laws that do not exclude provincial laws, judges must recognize, with respect to Quebec law, the concepts that are specific to Quebec civil law when applying the law, which is superimposed in several areas against the backdrop of Quebec law. This need to refer to Quebec law, even for the application of federal law, could only exist with the recognition of the full equality of Quebec civil law with the common law of the other provinces.

Conclusion

While under assault for a long time at the Supreme Court, civil law has fully acquired a conceptual autonomy. This autonomy has allowed Quebec civil law to have equal recognition with common law. This movement of acquisition of autonomy with the rejection of a federal common law for all areas falling under federal legislative authority has contributed to a better expression of Canadian bijuralism in the current context.

Because of constant changes in the perspective on the relationships between civil law and common law, and between federal law and provincial law, the Supreme Court of Canada has promoted the growth and development of a vision of Canadian legal duality. More than a factual co-existence, this legal duality is now considered to be an essential feature of the implementation of federal law, requiring a constant dialogue between traditions.

---

[159] Brisson, *supra* note 142; Brisson and Morel, *supra* note 142.

[160] R.S.C. 1985, c. B-3.

[161] See e.g. on bankruptcy and insolvency, *Robinson* v. *Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753 and *(Quebec) Deputy Minister of Revenue* v. *Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35.

BIJURALISM IN SUPREME COURT OF CANADA JUDGMENTS SINCE THE ENACTMENT OF THE *CIVIL CODE OF QUEBEC*

Louise Lavallée

TABLE OF CONTENTS

Introduction 1

1. Rights of the Individual 3
1.1 Human rights and freedoms 4
1.1.1 Rights of pregnant women and the fetus 5
Dobson (Litigation Guardian of) v. *Dobson* [1999] 2 S.C.R. 753
Winnipeg Child and Family Services v. *D.F.G.* [1997] 3 S.C.R. 925
1.1.2 Disclosure of private records of sexual assault victims 6
L.L.A. v. *A.B.* [1995] 4 S.C.R. 536
R. v. *O'Connor* [1995] 4 S.C.R. 411
1.1.3 Rights of patients in the event of illegal strikes by hospital employees 8
Québec (Public Curator) v. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand* [1996] 3 S.C.R. 211
1.2 Administrative law 9
Blencoe v. *British Columbia (Human Rights Commission)* [2000] S.C.R. 44
2747-3174 Québec Inc v. *Quebec (Régie des permis d'alcool)* [1996] 3 S.C.R. 919

2. Civil liability 11
2.1 Limitation Periods 12
Doré v. Verdun (City) [1997] 2 S.C.R. 862
Tolofson v. *Jensen; Lucas (Litigation Guardian of)* v. *Gagnon* [1994] 3 S.C.R. 1022
2.2 Negligence 13
Ryan v. *Victoria (Ville)* [1999] 1 S.C.R. 201
Arndt v. *Smith* [1997] 2 S.C.R. 539
2.3 Damages 14
2.31 Damages for economic loss suffered as a result of damage to the property of a third party (contractual relational economic loss) 15
Bow Valley Husky (Bermuda) LTD. v. *Saint John Shipbuilding* [1997] 3 S.C.R. 1210
2.32 Damages for Non-Economic Loss and Exemplary Damages 17
Ordon Estate v. *Grail* [1998] 3 S.C.R. 437
Augustus v. *Gosset* [1996] 3 S.C.R. 268
Béliveau St-Jacques v. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.* [1996] 2 S.C.R. 345
Quebec (Public Curator) v. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand* [1996] 3 S.C.R. 211

3. Family law 22
3.1 Right of Custody 22
Gordon v. *Goertz* [1996] 2 S.C.R. 27
V.W. v. *D.S.* [1996] 2 S.C.R. 108
Winnipeg Child and Family Services v. *K.L.W.* [2000] S.C.J. No. 48
3.2 Obligation of Support 25
Bracklow v. *Bracklow* [1999] 1 S.C.R. 420

4. Contracts 26
4.1 Contracts of Employment 26
Farber v. *Royal Trust Co.* [1997] 1 S.C.R. 846
4.2 Contracts of Insurance 27
Chablis Textiles Inc. (Trustee of) v. *London Life Insurance Co.* [1996] 1 S.C.R. 160
Perron-Malenfant v. *Malenfant* [1999] 3 S.C.R. 375

Conclusion 29

BIJURALISM IN SUPREME COURT OF CANADA JUDGMENTS SINCE THE ENACTMENT OF THE *CIVIL CODE OF QUEBEC*

By Louise Lavallée*,
Legal Counsel,
Legislative Services Branch,
Department of Justice Canada

Introduction

Although the term bijuralism came into usage only rather recently, it is acknowledged that the foundations of its existence date back to the early days of colonization in Canada. Since then, the legal landscapes of the common law and civil law have succeeded each other, and then been superimposed on each other, in such a way as to lay the groundwork for a distinctive legal framework.

It was with the creation of the Supreme Court in 1875, which coincided with the establishment of major national institutions, that the federal parliament took control of the development of law at the federal level. At that time, the federal character of the Supreme Court initially affirmed itself by a desire to create a uniform legal system based on a fusion of the legal sources emerging from the country's two major legal traditions. In the Court's view, the obligation to take into account the effect of its decisions on all provincial jurisdictions was justification for adopting such an approach. The comments of professor Glenn on page 205 of his article "Le droit comparé et la Cour suprême du Canada" (in *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Ouvrages collectifs, Wilson Lafleur, Montreal, 1989, pp. 200 to 214) attest to the optimism of the time in relation to the unifying and constructive mission the Court had taken on:

> [translation] The Supreme Court, a national institution with a national mission of unification, would naturally turn to the new science of comparative law to eliminate the artificial barriers between civil law and common law in Canada in order to establish a new Canadian common law.

Unfortunately, for various reasons, and often simply as a matter of political will, the concept of standardization developed largely in a unilateral rather than a reciprocal manner. As it happened, the concepts of common law were widely applied and very few instances of borrowing from civil law were noted. Professor Baudoin makes note of this fact in his article entitled "*L'interprétation du code civil québécois par la Cour suprême du Canada*", (1975) 53 *Can. Bar Rev.* 715, on page 75: [translation] "Unification during these periods took place essentially in one direction only. Although it would have been eminently advantageous to have been so, it was in no way a true exchange between the two systems."

---

* The author is a legislative drafter with the Regulations Section of the Legislative Services Branch of the Department of Justice Canada. She would like to thank the Legislative Services Branch and the Department's Civil Law and Corporate Management Sector and the Civil Code Section for providing the opportunity for this publication. Thanks are also extended to France Allard, whose expertise in comparative law and whose support made the publication of this article possible, to John Le Garignon for his help in researching the legal precedents, to Nathalie Lacroix for the page layout and to the Jurilinguistic Services Unit of the Legislative Services Branch for the revision of the french and english versions of the text.

In the middle of the twentieth century, however, with the appointment of new justices from Quebec in particular, a certain equilibrium was restored, thereby controlling the massive infusion of common law concepts into matters of civil law. The Court abandoned its objective of unification and officially renounced the idea of the existence of a general federal common law. It gradually confirmed that, in matters of Canadian private law, common law and civil law were two legal systems that were complete in themselves, each with its own legal autonomy. Professor Glenn offers the following explanation on page 211 of his above-mentioned article:

> [translation] Since at least the middle of the century, it has become clear that the Supreme Court has definitively renounced that idea of national unification of the law and the idea that comparative law must serve to establish new rules that are exclusive and imperative. This change came about initially through a new recognition of the sources of civil law, notably Quebec and French doctrine, and by an acknowledgment of the impossibility of systematically discounting an entire corpus of rules of which the quality and coherence does not suffer in any way from a comparison with the common law.

From that moment on, the Court focused on establishing the boundaries that were to limit public law and private law because, although the common law makes no distinction between these two notions, in Quebec civil law applies exclusively to matters of property and civil rights and common law to all other areas (unless otherwise prescribed by statute).

The Court is still defining the limits of those boundaries today. Recent judgments reiterate the fact that administrative law, such as municipal law, derives from public law and that the resulting conflicts must be resolved in light of the principles that govern the common law.

When it is a question of private law, in matters relating to property and civil rights, notably civil liability, labour law, insurance law and family law, the Court has come out in favour of applying each legal tradition according to the province in question.

From this perspective, we found it interesting to take stock of the recent Supreme Court judgments that deal with some aspect of the principles governing each of Canada's legal systems. We decided to limit this review to judgments dating from the enactment of the *Civil Code of Quebec* to today, that is, from 1994 to 2000, which at the same time will shed light on the short-term impact of this new legislative enactment on the Court's decisions.

The objective of this paper is to discuss decisions that mention the terms "civil law" and "common law", whether it was to establish the difference or similarity between concepts in the two systems, to compare notions in order to favour one approach rather than the other, or to create a new standard based on the systems that currently exist.

We grouped those judgments relating to rights of the individual first, in light of their general application, and then grouped cases relating to civil liability, followed by those on family law, and finally by those dealing with contract law.

1. Rights of the individual

Canadian society is animated by a number of values that bind its citizens together, regardless of whether they live in a common law or civil law jurisdiction. These values are set out partly in the Constitution and partly in provincial legislation, civil law and common law.

On a number of occasions during the period surveyed, the Supreme Court has noted certain fundamental principles that guide the application of the laws relating to respect for the individual in Canada. These principles are a testimony to our society's deeply held convictions in this regard and it is recognized that in some sense they have no boundaries. In general, the Court holds that both the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Civil Code of Quebec*, as well as the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, the various provincial human rights acts and the common law constitute a uniform reflection of this. The Court notes, however, through the comments of Wilson J. in *Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30 that, despite our common respect for certain values, provincial law must nonetheless take the constitutional situation into account:

> With the advent of the Charter, security of the person has been elevated to the status of a constitutional norm. This is not to say that the various forms of protection accorded to the human body by the common and civil law occupy a similar status. "Security of the person" must be given content in a manner sensitive to its constitutional position. (pp. 53-54)

In matters of public law, that is, in everything that does not relate to property or civil rights, the Court notes that the common law constitutes the basic law applicable to citizens in all jurisdictions. Thus, on all matters of municipal law, education law or administrative law in general, there must be an analysis based on the common law, including in Quebec. The Court also favours recourse to public law rather than to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in cases where the principles of procedural fairness and natural justice have been violated.

The cases chosen as representing rights of the individual deal with the two legal traditions in the context of human rights and freedoms as well as administrative law.

1.1 Human rights and freedoms

The Court has examined a few notions relating to fundamental freedoms from a comparative perspective in recent years, notably in the context of the rights recognized for pregnant women and the fetus. The Court has striven for a degree of consistency in the decisions it has rendered on this matter in situations that apply in different jurisdictions in Canada. Furthermore, the protection of "privacy", as well as the question of "dignity", have been raised in the context of the rights of patients in the event of illegal strikes by hospital employees, and in matters involving the disclosure of the private records of sexual assault victims. In the latter case, the Court has dealt with the privileges generally granted in relation to respect for privacy not only in Canada but elsewhere in the world as well.

1.1.1 Rights of pregnant women and the fetus

If there is one area in which individual rights have been widely discussed, it is that of the rights of a pregnant woman and the fetus she is carrying. As far back as *Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, which recognized a woman's right to abortion, it has been asserted that granting a fetus the "right to life" provided under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* from the moment of conception creates a potential conflict with the woman's rights to personal dignity, bodily integrity and autonomy. In *Tremblay* v. *Daigle* [1989] 2 S.C.R. 530, it was determined that a woman could not be forced to complete her pregnancy since neither the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* nor the Civil Code granted the fetus juridical personality.

- *Dobson (Litigation Guardian of)* v. *Dobson* [1999] 2 S.C.R. 753

More recently, in *Dobson (Litigation Guardian of)* v. *Dobson*, which originated in New Brunswick, the Court rejected the argument that a child could take legal action against his mother for damages for the injuries he suffered before his birth as a result of an automobile accident caused by his mother's negligent driving. The Court recalled the civil law case *Montreal Tramways Co.* v. *Léveillé* [1933] S.C.R. 456, which established the legal fiction "borrowed from civil law" that the child who suffers injury is "deemed to have been born at the time of the accident to the mother", once the child is born alive. The Court nonetheless drew a distinction between this case and *Dobson*, because *Montreal Tramways* involved a case in which a child was taking legal action against a third party for negligence committed before its birth. In *Dobson*, despite the fact the child was born alive, the Court refused to apply the rules of tortious liability under the common law to the mother.

McLachlin J. made the following comments on the question of the rights of the pregnant woman:

> In my view, to apply common law liability for negligence generally to pregnant women in relation to the unborn is to trench unacceptably on the liberty and equality interests of pregnant women. The common law must reflect the values enshrined in the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Liability for fetal injury by pregnant women would run contrary to two of the most fundamental of these values—liberty and equality. (par. 84)

Again recently, the Court reiterated its refusal to amend the rules of common law with regard to tortious liability or to extend the State's *parens patriæ* responsibility to protect the fetus or to recognize its rights. It drew a comparison with the principles of civil law, in which the legal status of the fetus is the same as that at common law.

- *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area)* v. *D.F.G.* [1997] 3 S.C.R. 925

In *Winnipeg Child and Family Services* v. *D.F.G.*, Child and Family Services applied to the Court for an order enabling it to hold a pregnant woman in a health care centre until the birth of the child on the ground that the health of the fetus was in jeopardy because of the mother's addiction to intoxicating substances.

McLachlin J., who rendered the decision for a majority of seven judges, reviewed the general principles that apply and examined the rules of law regarding tortious liability as well as the *parens patriæ* jurisdiction of the courts. She asserted that the Court was not being called upon to resolve an

issue of biological or spiritual status but of legal status, as previously set out in *Tremblay* v. *Daigle* [1989] 2 S.C.R. 530, a case in which the issues were similar since the father of the unborn child had been asking for an injunction to prevent the mother from terminating her pregnancy.

A number of principles had already been established in that case, including the fact that neither the Quebec civil law nor the common law of England and Canada recognize the fetus as a legal person. The principle was that, while injury to a fetus due to the negligence of third parties is actionable, the right to sue does not arise until the infant is born.

McLachlin J. stated that, in *Tremblay*, the Court concluded that the *Quebec Charter* confers no rights on the unborn child, and cited this passage, which summarizes the applicable law:

> The treatment of a fetus in tort law, property law and family law reveals a similar situation as found under the *Civil Code*, namely, that the fetus has no rights in private law. (par. 70, *Tremblay* c. *Daigle* p. 564)

With regard to tort law, *Montreal Tramways Co.* v. *Léveillé* [1933] S.C.R. 456, often cited in the case law outside Quebec, established as early as 1933 that the fetus had no legal personality. With regard to property law, Anglo-Canadian as well as Quebec law recognized that the fetus has the right to receive a bequest or gift, but its interests are not protected unless it is born live and viable. In the area of family law, although the fetus enjoys protection, its rights do not take effect until birth. In conclusion, the Court was clear in stating that neither the common law nor Quebec civil law recognizes the legal personality of the unborn child.

Once the principles were established, McLachlin J., addressing the appropriateness of extending tortious liability in such a way as to amend the applicable principles of the common law, wrote that this would be a major reform that would have complex ramifications entailing moral choices and creating conflict between fundamental rights and interests that are not within the purview of the Supreme Court to resolve. She noted that such reform would have:

> [...] an immediate and drastic impact on the lives of women as well as men who might find themselves incarcerated and treated against their will for conduct alleged to harm others. (par. 20)

She was also of the view that the Court could not exercise its *parens patriæ* jurisdiction with regard to the protection of children in a manner that would change the legal status of the unborn child. She indicated that the extension of such jurisdiction would raise the same social, political, moral and even economic problems in the broad sense as would extending the rules governing tort. She added that the situation was dealt with in the same way in the European Community, in Great Britain and in Canada in general. In law, birth is a necessary condition for the acquisition of legal personality. This cannot be otherwise since there is a fundamental incompatibility between the protection of the unborn child and the liberty of the pregnant woman.

The Court refused to interfere with the privacy of the pregnant woman, to jeopardize her right to liberty and autonomy and to thereby enter into a moral and social debate that, in its view, would fall more appropriately to the elected legislature than to the courts. The Court affirmed that it is not up to the courts to amend the law in order to grant the unborn child rights or to protect it, but to Parliament to take a position on the matter through legislation, with respect for the fundamental rights set out in the Constitution.

The question of respect for "privacy" has given rise to two conflicting decisions with regard to the production of confidential records in the possession of third parties. The Court noted the similar recognition granted to this right by each system and addressed the class privileges attributed to certain types of private communication under the two legal traditions.

1.1.2 Disclosure of private records of sexual assault victims

- *L.L.A.* v. *A.B.* [1995] 4 S.C.R. 536

In addition to raising a jurisdictional question, *L.L.A.* v. *A.B.* deals with the nature and scope of the production to the defence of records relating to social and psychological care following a sexual assault that are in the possession of third parties. The Court noted that these confidential records, which give rise to a reasonable expectation of respect for their private nature, include medical and therapeutic records (such as those involved in this case), school records, private journals, and social workers' activity logs.

The Court refused to recognize a class privilege with respect to the protection of the privacy of such records but favoured looking at each case individually, as it was doing with this one. At the constitutional level, it then became a matter of striking a balance between the values that justify recognizing a privilege in the particular case in question and those that support the production of records. The constitutional values at play in this context are the right to make full answer and defence, the right to the protection of privacy and the right to equality without discrimination, which are studied in depth in *O'Connor* [1995] 4 S.C.R. 411. The Court noted simply that respect for privacy is an interest protected by the Canadian *Charter* as well as by the common law, and that the right to such protection is also recognized in Quebec by the *Civil Code* and the *Charter of Human Rights and Freedoms*.

L'Heureux-Dubé J. reviewed the privileges that have been granted in Canada, the United States and the Commonwealth countries.

She noted that in Canada, very few communications are recognized as privileged either at common law or under statutory law. At common law, the solicitor-client privilege as well as the informer privilege are recognized, but are not absolute, the accused's right to make full answer and defence taking precedence in certain cases. By statute, communications between spouses are regarded as privileged in criminal and civil matters as well as under provincial legislation. Religious communications privilege has been recognized in the provincial legislation of Quebec and Newfoundland, and Quebec has recognized a statutory privilege in civil matters with regard to doctor-patient relationships.

Communications between counsellors and sexual assault complainants have not been recognized as privileged in Canada, either at common law or by statute.

In the other common law jurisdictions, in criminal matters, no generic privilege has been recognized for communications between a sexual assault complainant and their counsellor. In the United States this privilege does not exist at common law, and although some states have established a generic privilege for such communications, a number of them have been declared unconstitutional by the courts in those states because they interfered with the rights guaranteed to defendants by the Sixth and Fourteenth Amendments.

In the Commonwealth countries, such as England, Scotland, Ireland, New Zealand and Australia, privileges are classified according to whether the case is one of private law or whether the privilege is one of public interest immunity. In private law, no privilege applies to the professional relationship between a counsellor and a complainant who has been the victim of sexual assault, either at common law or by statute. As for communications between physician and patient, legislation grants them privilege only with regard to certain civil actions and it has not been extended to communications arising from consultations concerning sexual assault. In public law, public interest immunity is granted on a case by case basis based on the facts, depending on whether the tests developed for it in the case law are satisfied.

- *R.* v. *O'Connor* [1995] 4 S.C.R. 411

The issues raised in *R.* v. *O'Connor* relate mainly, as in *L.L.A.* v. *A.B.*, above, to the production of therapeutic and medical records in the possession of persons other than the Crown prosecutor. At issue was an appeal from a decision of the British Columbia Court of Appeal, in the context of which the Court examined notably the notion of "right to privacy" from the standpoint of the common law, civil law and comparative law.

While the Court established that there was no such right in the case of confidential records held by the Crown prosecutor, since their confidential nature had been waived in order to prosecute the accused, it considered that the question arose when records in the possession of third parties were involved, and had to be appreciated in light of the balance to be achieved between the reasonable expectation of the privacy of such records and the accused's right to make full answer and defence.

L'Heureux-Dubé J. noted that the Supreme Court had emphasized on a number of occasions the strong value placed on the protection of privacy in Canadian society. She highlighted this principle in the context of sections 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and also emphasized its importance in the common law.

L'Heureux-Dubé J. cited Wilson J., who, she indicated, thoroughly examined in *R.* v. *Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30 the connection between "liberty" and "security of the person" under the *Charter* on the one hand, and human "dignity" on the other. Wilson J. affirmed that "liberty" and "security of the person" mean a number of things but that an objective assessment of the provisions of the *Charter* demands that the "right to liberty" set out in section 7 be considered as "guarantee[ing] to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life." (par. 111, *Morgentaler*, above, par. 171)

L'Heureux-Dubé J. affirmed that, while it was stated in *Reference re Motor Vehicle Act (British Columbia) S 94(2)* [1985] 2 S.C.R. 486 that "principles of fundamental justice" set out in section 7 of the Canadian *Charter* flow from the fundamental doctrines of the system of common law and sections 8 to 14 of the *Charter*, "[...] the terms 'liberty' and 'security of the person' must, as essential aspects of a free and democratic society, be animated by the rights and values embodied in the common law, the civil law and the *Charter*." (par. 113)

The Court indicated that respect for privacy is also recognized in the *Civil Code of Quebec* at art. 35 and 36 as well as in the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, which states in section 5 that "Every person has a right to respect for his private life."

Moreover, the common law has traditionally protected privacy through causes of action such as trespass and defamation. By way of example, in *Hill* v. *Church of Scientology of Toronto* [1995] 2 S.C.R. 1130, Cory J. observed that "reputation is intimately related to the right to privacy which has been accorded constitutional protection." (par. 121)

The Court mentioned that this right has also been recognized in the United States, notably in the famous case of *Roe* v. *Wade* 410 U.S. 113 (1973), which states that the protection of privacy is a right expressly included in the term "liberty" as it appears in the Fourteenth Amendment, as well as in international documents such as the *International Covenant on Civil and Political Rights*, the *Universal Declaration of Human Rights* and the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

Among the rights and freedoms guaranteed, the concept of "dignity" is also a fundamental right that is expressed in both the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and in the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. The notion of "dignity" was raised in a recent civil liability case in the context of illegal strikes by employees of a hospital for the mentally disabled.

1.1.3 Rights of patients in the event of illegal strikes by hospital employees

- *Quebec (Public Curator)* v. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand* [1996] 3 S.C.R. 211

Quebec (Public Curator) v. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, which will be examined in greater detail in the section on civil liability, served as an opportunity for the Court to emphasize that the notion of "dignity" contained in section 4 of the *Quebec Charter* has the same scope as it is given in decisions based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that refer to "human dignity". L'Heureux-Dubé J. indicated that the concept of "human dignity" had already been interpreted under the Canadian *Charter*, notably by Wilson J. in *R.* v. *Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, in which she had maintained that the *Charter* and the right to individual liberty guaranteed in it are inextricably linked to the notion of "human dignity". She noted that this notion finds its expression in almost all of the rights and freedoms that the *Charter* guarantees.

Furthermore, the *Quebec Charter*, in addition to expressly enshrining the right to the safeguard of the dignity of the person in section 4, makes the notion of "dignity" a value that underlies the rights and freedoms that it in turn guarantees by stating in its preamble that "[...] all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law". The Court observed that section 4 seems to be cited mainly in defamation cases and that its application has been largely unexplored in Quebec in contexts such as the present case. The judge relied on the definitions given of the concept of "dignity" and on principles of large and liberal interpretation of human rights legislation to conclude that in this case, the safeguard of the dignity of patients was interfered with.

While fundamental freedoms are reflected at the constitutional level as well as in the various Canadian jurisdictions, the Supreme Court is of the view that not everything can be resolved through human rights legislation. On matters of procedural fairness and natural justice in particular it confirms that administrative law, based on public law, offers other avenues of redress. The common law thus constitutes throughout Canada the backdrop for seeking a legal solution, unless the legislation in question provides otherwise.

1.2 Administrative law

In *Drafting and Interpreting Legislation* (Toronto: Carswell, 1988), Pigeon J. states at page 66: "In everything not related to property and civil rights, then, common law is the fundamental law in the Province of Quebec."

However, while it is true that in Canada, in matters of public law—in criminal law as well as in administrative law—the common law applies as modified from time to time by legislation and case law, it is not always easy to establish the boundary between public law and private law. Beetz J. took note of this fact in the key administrative law case *Laurentide Motels Ltd.* v. *Beauport (Ville)* [1989] 1 S.C.R. 705 at pp. 721 and 726:

> Because the common law makes, in principle, no distinction between public and private law, the identification of the "public" common law can be a difficult task. Nonetheless, because Quebec is a jurisdiction of two juridical regimes, the civil law and the common law, the identification must be made.

In any event, with regard to unjustified delays in proceedings before an administrative tribunal or questions of partiality and independence on the part of an administrative body, the Court refers to the rules of common law exclusively.

- *Blencoe* v. *British Columbia (Human Rights Commission)* [2000] S.C.R. 44

Accordingly, in *Blencoe* v. *British Columbia (Human Rights Commission)*, which dealt with unjustified delays in proceedings before an administrative tribunal in British Columbia, Bastarache J. noted that Parliament and the provincial legislatures were subject to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He cited *Eldridge* v. *British Columbia (Attorney General)* [1997] 3 S.C.R. 624, confirming that the *Charter* applies just as much to entities that, although independent of government, exercise an authority conferred by legislation, as in the Commission's case.

However, he maintained that in the present case the state-caused delay in the human rights proceedings initiated against the respondent did not interfere with the rights to liberty and the security of the person guaranteed by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He considered that it was administrative law that offered the appropriate remedy, since the time that had elapsed in the case constituted a denial of natural justice, even through the respondent's ability to obtain a fair hearing was not compromised.

The Court affirmed that not all legal problems can be resolved by the Charter alone, since doing so would block the natural and necessary evolution of the common law and civil law in this country, and might suggest that possibly neither the Civil Code nor the *Quebec Charter* would apply in a similar situation in which the facts took place in Quebec.

- *2747-3174 Québec Inc* v. *Quebec (Régie des permis d'alcool)* [1996] 3 S.C.R. 919

2747-3174 Québec Inc v. *Quebec (Régie des permis d'alcool)* concerned a motion to have a decision of the *Régie des permis d'alcool* quashed for reason of a lack of impartiality and independence. The majority of the Court held that the *Quebec Charter* took precedence but L'Heureux-Dubé J. was of the view that the analysis had to be carried out on the basis of the rules of administrative law.

Gonthier J., who spoke on behalf of the majority of the Court, found that art. 23 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* was applicable and quashed the *Régie*'s decision without invalidating that body's incorporating act. He noted that art. 23 of the Charter establishes the right of any citizen to "[...] a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him." (art. 23)

Subsection 56(1) states that a "tribunal" includes "any person or agency exercising quasi judicial functions."

The Court was of the view that the decision to revoke a permit on the ground of disturbance of public peace constituted the culmination of a quasi judicial process and that article 23 related to both penal and civil matters, the expression "rights and obligations" being common to civil matters even though it could extend beyond them, and the expression "the merits of any charge brought against him" being a concept from the penal sphere.

L'Heureux-Dubé J., like the majority of the judges, found that the *Régie*'s decision should be quashed without invalidating its act of incorporation. However, she maintained that the case was a matter of administrative law and therefore had to be examined, not according to the methodology of civil law, but according to that of the common law since "administrative law, which is part of public law, is based on the common law in all Canadian provinces, including Quebec" (par. 76). She emphasized that this principle is very well established by the case law of Quebec and of the Supreme Court.

She referred to *Laurentide Motels Ltd.* v. *Beauport (Ville)* [1989] 1 S.C.R. 705, where the issue was the municipality's negligence in providing fire protection services, and reiterated the opinion she issued on that occasion:

> The *Quebec Act of 1774* sealed the fate of the two major legal systems that would govern the law applicable in Quebec: French civil law as it stood before 1760 with its subsequent amendments in Quebec for everything relating to property and civil rights, and the common law as it stood in England at that time, and as subsequently amended, for what related to public law. (*Laurentide Motels*, par. 82, p. 737)

She cites M[e] Louis Philippe Pigeon (*Drafting and Interpreting Legislation* (1988) at pp. 65-66), also mentioned in that judgment:

> [...] English law is the basis of municipal and school law, and of administrative law generally. Our Court of Appeal rendered a very important decision on this point: Langelier v. Giroux, 52 B.R. 113 (Que.).
>
> [...]
>
> The judgment lays down an extremely important principle: in matters of public law in the Province of Quebec, the basic law is English law. Why? Because in keeping with the rule that general law is not derogated from beyond what is expressed, application of common law extends to all that is not formally excluded. (*Laurentide Motels*, par. 81-82, p. 738)

She goes on to indicate, repeating the words she used in that judgment:

> [...] the common law which applies in Canada in the area of public law, in criminal as in administrative law, in the absence of legislation excluding it, is the common law as subsequently amended by statute and case-law. (*Laurentide Motels*, par. 82, pp. 739-740)

According to the approach advocated by L'Heureux-Dubé J. in this case, it is necessary to analyze, identify and set out the applicable common law, and then specify the effect of quasi-constitutional statute law (the *Quebec Charter*) on the common law. She noted, however, that when the common law is codified the resulting legislation takes precedence, in Quebec as well as elsewhere in Canada.

Agencies that perform quasi judicial or administrative acts, such as the *Régie*, are subject to the duty of impartiality that is part of the common law rule *nemo judex in propria sua causa debet esse*. According to L'Heureux-Dubé J., the *Régie* violated this rule by demonstrating that it was "biased on an institutional, organizational level".

She concluded that the *Quebec Charter* had pre-eminence over the common law because of its quasi-constitutional status, but that section 23 and subsection 56(1), which are relevant to the case at bar, were not applicable. L'Heureux-Dubé J. indicated that a "modern" interpretation approach must be adopted and that the method based on the "ordinary meaning of words", which is more suited to technical fields such as tax law, must be abandoned. The modern approach is to consider the text, the context, the other provisions of the Act, the provisions of other Acts *in pari materia* and the legislative history in order to determine the legislator's intention.

According to this approach, the intention of the legislator that emerges when section 23 and subsection 56(1) of the *Quebec Charter* are read together is to limit the scope of the expression "quasi judicial" to "matters of penal significance". The *Régie*'s decision to revoke a liquor permit did not fall into the category of "matters of penal significance", which meant that the *Quebec Charter* did not apply in the case. According to l'Heureux-Dubé J., the case was a matter of administrative law, and thus common law, and consequently the motion in evocation (art. 846 *Code of Civil Procedure*) was justified and must be allowed in the circumstances, and the *Régie*'s decision quashed.

While the Court affirmed that the common law is applicable to all persons when matters of public law are involved, in matters of property and civil rights—such as civil liability, family law and contracts—it confirmed that every province has an exclusive right to legislate under the terms of the Constitution itself, and sets out the principles that apply according to the jurisdiction.

In Quebec, the Civil Code prevails in constituting the basic law, applicable to all persons, and thus serves to complement specific statutes relating to the various matters it covers. Elsewhere in Canada, it is the common law that complements provincial statutory law.

2. Civil liability

Civil liability is a broad area that has been addressed a number of times by the Supreme Court. In terms of the application of private law, it is the exclusive jurisdiction of the provinces. On a number of occasions, the Court has taken the opportunity to compare the concepts of each legal system according to the specific situations it was dealing with, regardless of the jurisdiction in which the case originated. It tries to draw parallels between the specific concepts in the different legal

systems and it occasionally relies on the principles of one to support its position in resolving problems in the context of the other.

The decisions made in the seven years under review with respect to civil liability have essentially dealt with limitation periods, negligence and damages.

2.1 Limitation Periods

The following two decisions address the issue of limitation periods in completely different areas. The first decision gives force of law to the fact that the *Civil Code of Quebec* applies to all persons in matters falling under private law, including legal persons established in the public interest such as municipalities. The second constitutes a determination of principle, which raises the issue of the "choice of law rule" in matters of private international law and the common law rule whereby limitation periods are a matter of procedure focused on enforceability of rights, rather than substantive rules that extinguish rights, as in the case of civil law.

- *Doré* v. *Verdun (City)* [1997] 2 S.C.R. 862

In *Doré* v. *Verdun (City)* the facts of which took place in Quebec, the *Civil Code of Quebec* prevailed over the *Cities and Towns Act* (section 585 *C.T.A.*), which imposed a requirement that a notice be sent within fifteen days of the date of an accident in order to bring an action seeking damages for personal injury against a municipality. Art. 2930 of the *Civil Code of Quebec* provides that the limitation period in personal injury cases is three years.

Gonthier J. quoted Baudouin J.A., emphasizing that the *Civil Code of Quebec* is applicable to all persons in matters of private law, even to municipalities, and that its mandatory, public policy nature means that it takes precedence over their specific incorporating statutes as well as those that apply to them:

> Thus, the *Civil Code of Quebec*, like the *Charter of rights and freedoms*, is a fundamental law. It is the *jus commune* applicable to everyone, even legal persons established in the public interest. (par. 6)

Gonthier J. indicated that, unlike statute law in common law jurisdictions, the Civil Code is not a law of exception and this fact must be taken into account in its interpretation. It is the *jus commune* of Quebec, and thus the foundation of the other statutes dealing with matters that it relates to and, in this respect, it must be interpreted broadly so as to favour its spirit over its letter and enable its purposes to be achieved. The Court indicated that a provision in the Code can thereby limit the application of the provisions of particular Acts, even when they apply to municipalities.

Thus, it concluded that "(p)rescription is essentially a matter of private law" (par. 29) and that the Quebec legislature expressed its clear and specific intention, through art. 2930 *C.C.Q.*, to make this provision mandatory and a matter of public policy.

- *Tolofson* v. *Jensen; Lucas (Litigation Guardian of)* v. *Gagnon* [1994] 3 S.C.R. 1022

The decision in *Tolofson* v. *Jensen; Lucas (Litigation Guardian of)* v. *Gagnon* deals with the matter of automobile accidents involving residents of different provinces.

La Forest J. was of the view that the rule of private international law that should apply in matters of tort liability should no longer be the "choice of law rule" but rather the law of the place where the incident occurred (*lex loci delicti*). He indicated that, following European tradition, Quebec adopted the *lex loci delicti* approach in its *Automobile Insurance Act* and in the Civil Code (art. 6 *Civil Code of Lower Canada*, now art. 1356 C.C.Q) whereas the common law tradition does not support the territoriality principle, but rather the one whereby courts apply their own laws to wrongs committed in another country (*lex fori*). He maintained that a strict rule is justified over an optional one given Canada's constitutional situation, and, furthermore, that applying the law of the place where the incident occurred (*lex loci delicti*) would ensure that an act committed in one place would have the same legal consequences throughout the country, thereby discouraging forum shopping and preserving Canadians' mobility.

On the subject of limitation periods, the judge maintained that they constitute a substantive rule that effectively extinguishes a right, rather than a rule of procedure aimed only at enforceability of the right. Consequently, based on the *lex loci delicti* rule, limitation periods must be consistent with the law of the place where the tort occurred rather than the law of the place where the court is sitting.

Common law has always considered limitation periods as procedural rules, whereas most civil law countries regard them as substantive. The judge was of the view that the common law doctrine has no place in a modern context, and that the courts have already started to put an end to the myth that they are procedural, and to reduce the application of the common law rule not only in the field of private international law, but in other fields as well.

While limitation periods in matters of civil liability fall under the substantive law of each province, the evidentiary rules governing liability for negligence also vary according to jurisdiction, with some exceptions set by the Supreme Court in the interest of symmetry.

2.2 Negligence

With respect to negligence, the Court briefly emphasized the analogy between the legal systems regarding of certain elements of proof required to determine liability. In particular, it addressed the standard of care and causation. In both of the following cases, which came from common law courts, the Court drew similarities with the principles of civil law that are applicable in the context of decisions made on appeal from Quebec courts.

- *Ryan* v. *Victoria (City)* [1999] 1 S.C.R. 201

In *Ryan* v. *Victoria (City)* the Court established the principle that railway companies would be bound by the rules governing the *jus commune* in question of the jurisdiction in the matter of accidents that raised issues of their liability. It specified that these rules were similar and that these companies fell under the jurisdiction of one of the other of the legal systems.

For more than 90 years, railway companies had benefited from a "special rule" at common law which limited the "duty of care" they owed to the public. In other words, as long as they complied with the obligations set out in applicable statutes, regulations and administrative orders, they had the duty only to act in a reasonable manner. But the Court stated that this rule can no longer be justified in principle and that meeting a statutory standard of care can no longer abrogate or supersede the duty to comply with the common law standard of care.

Major J. relied on the decision by Pratte J. in a similar matter applicable in Quebec, *Canadian National Railway Co.* v. *Vincent* [1979] 1 S.C.R. 364. He indicated that "Although Vincent arose in the context of Quebec civil law, the reasoning of Pratte J. in that case is instructive, particularly since the common law standard of care is analogous to the requirement of reasonable prudence under the Civil Code." (par. 37)

Pratte J. wrote in that case that, although the railway company had complied with the special statutory and regulatory provisions to which it was subject, this did not exempt it from the ordinary law of civil liability, which is to say it could be found guilty of negligence under the Civil Code.

Major J., who delivered the judgment for the majority in the case at bar, came to the same conclusion. He stated that compliance with a statutory standard of care does not abrogate or supersede the duties of railway companies to comply with, here, the common law standard of care for negligence. The railway company had to prove that it had acted as a reasonable and prudent person would have under similar circumstances.

- *Arndt* v. *Smith* [1997] 2 S.C.R. 539

Arndt v. *Smith* is the case of a medical malpractice suit in which there was a failure to properly inform a pregnant patient who had contracted chicken pox while pregnant of the risks to her fetus. This case was an appeal of a judgment by the British Columbia Court of Appeal. The majority of judges found that, in order to establish negligence, it was necessary to apply a combination of objective and subjective factors in order to determine whether the failure to inform had actually caused the harm. They relied on a modified objective test set out in *Reibl* v. *Hugues* [1980] 2 S.C.R. 880. This test requires that the court consider what a reasonable patient under circumstances similar to those of the plaintiff would have done if faced with the same situation.

McLachlin J. was of the view that the issue of causation had to be resolved in light of the patient's "subjective" belief as to the course she would have followed if she had been informed, which includes objective elements such as her situation and her attitude at the time when she made her decision and the medical advice she was given at that time.

She cited Gonthier J. in *Laferrière* v. *Lawson* [1991] 1 S.C.R. 541, an appeal from Quebec, and specified that although this ruling arose in the context of civil law, Gonthier J., writing for the majority, made extensive reference to the common law, suggesting that the principles discussed may be equally applicable in other provinces. Gonthier J. indicated that, in civil law, causation "must be established on the balance of probabilities, taking into account all the evidence: factual, statistical and that which the judge is entitled to presume" (par. 43, *Laferrière* v. *Lawson*, at 609).

However, even if establishment of the elements of liability for negligence is an area where comparisons between the two legal systems can easily be made, the same cannot be said about damages for economic and non-economic losses, where there are some difficulties of principle.

2.3 Damages

The common law courts have always been somewhat reluctant to recognize compensation for economic loss arising from negligence by a third party, or compensation for non-economic losses that arise to the victims of negligence indirectly. On the one hand, the courts have been of the view that economic interests did not warrant the same protection as did the human body or property, and

on the other hand, non-economic losses were simply not recoverable under traditional common law principles. In civil law jurisdictions, in France as well as in Quebec, there is no such distinction of principle linked to compensation, since compensation *in integrum* is the rule. Thus, the law does not make a distinction between the types of damages and compensation depends only on proof of the existence of fault, loss, and a causal link between these two elements.

In terms of exemplary damages, it is the civil law that has historically been resistant towards them, since the punitive and deterrent effect of this compensation more properly falls under criminal liability. However, Quebec civil law has recently opened the door to this type of compensation, albeit in a more limited manner. The common law has no reluctance to award exemplary damages.

The following decisions examine these principles in different contexts, specifically in maritime law, and show how they are applied, depending on the jurisdiction. The Court also discussed other rules, which were subsidiary to the main issue, and analyzed them according to the different legal systems.

The decisions listed are grouped into two categories, that of economic loss suffered as a result of damage to the property of a third party (contractual relational economic loss) and that of non-economic and exemplary damages.

2.3.1 Damages for economic loss suffered as a result of damage to the property of a third party (contractual relational economic loss)

- *Bow Valley Husky (Bermuda) LTD.* v. *Saint John Shipbuilding* [1997] 3 S.C.R. 1210

Bow Valley Husky (Bermuda) LTD. v. *Saint John Shipbuilding* deals with a claim for damages for economic loss suffered as a result of the shutdown of a rig for repairs required after a fire that was caused by third parties. The appeal also raised the issue of principles applicable to contributory negligence in maritime law as well as to the rules of joint and several liability and contribution in terms of recovery.

McLachlin J. stated that economic loss suffered as a result of damage to the property of a third party, frequently referred to in common law as contractual relational economic loss, has traditionally been considered as generally not giving rise to compensation.

She proceeded to do a comparative review of the different legal systems. In England, such compensation can never be awarded, whereas:

> In the civil law jurisdictions of Quebec and France, by contrast, the law does not distinguish between loss arising from damage of one's own property and loss arising from damage to the property of another. If civil law judges restrict recovery, it is not as a matter of law, but on the basis of the facts and causal connection. (par. 44)

She indicated that the law in the common law provinces of Canada falls somewhere between these two extremes. While treating recovery in tort of contractual relational economic loss as exceptional, there are cases in Canadian jurisprudence where it has been accepted that it may be recovered. The leading case on this point is *Canadian National Railway Co.* v. *Norsk Pacific Steamship Co.* [1992] 1 S.C.R. 1021, which recognizes that if the person claiming the damages was in a joint venture with the person whose property was damaged, the plaintiff may claim consequential economic loss flowing from that damage.

The Court applied the tests established by the case law. It concluded that a duty of care arose between the parties because the link between them was close enough that the defendants could anticipate that the plaintiffs would suffer loss if the rig ceased to operate. Consequently, the defendants had the duty to warn the claimants about the use of the product that caused the fire. However, the Court held the defendants not liable since, if they had the duty to warn of the risk, they would be faced with a deluge of lawsuits, which could be initiated by an unlimited number of persons. The Supreme Court has always viewed the impossibility of delimiting the number of potential plaintiffs as a bar to the finding of liability in tort cases.

On the question of whether contributory negligence is a bar to recovery, the Court was of the view that this issue fell under maritime law and so should be settled in accordance with maritime law rules under the exclusive jurisdiction of Parliament, since that area of law is not within the jurisdiction of the provinces.

The Court specified that, in the absence of federal legislation concerning contributory negligence in matters of maritime torts, as in the case at bar, the common law principles embodied in Canadian maritime law remained applicable. This was an appropriate case for making incremental change to the common law in compliance with the requirements of justice and fairness, in order to "keep the maritime common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society." Thus, the Court concluded that there was no reason to maintain the principle of contributory negligence as a bar to recovery. The common law provinces of Canada as well as Quebec (art. 1478 *C.C.Q.*) have abolished this rule in respect of non-maritime torts and have replaced it with a rule of apportionment. In England, Australia and the United States apportionment is the rule in matters of maritime tort.

The Court also introduced a change in the common law for maritime torts in connection with apportionment of damages. It pointed to the rules of joint and several liability applicable to the defendants, subject to the rights of each of them to seek contribution from the other in the case of payment of an amount greater than that corresponding to its degree of fault. These principles are also consistent with legislation in most of the provinces and with the *Civil Code of Quebec* (art. 1523 and 1526 *C.C.Q.* for joint and several liability and art.1536 *C.C.Q.* for contribution).

The following decisions deal with compensation for non-economic losses, in particular compensation for loss of guidance, care and companionship, in maritime law and other contexts. The Court's willingness to recognize certain non-economic losses in common law should be noted, since this is more consistent with the civil law tradition than with English law.

The issues raised in these decisions are the powers of testamentary executors in the case of maritime accidents resulting in death, losses flowing from loss of life or life expectancy, the rights of parents and the evidentiary principles applicable to class actions for civil liability. They also constitute leading cases in the area of exemplary damages, which are now recognized in Quebec.

2.3.2 Damages for Non-Economic Loss and Exemplary Damages

- *Ordon Estate* v. *Grail* [1998] 3 S.C.R. 437

At issue in *Ordon Estate* v. *Grail* were damage claims stemming from injuries and death suffered by pleasure boat occupants in boating accidents.

The Court observed that maritime law constitutes an autonomous body of federal law based on English admiralty law of 1934 as subsequently amended by Parliament and Canadian case law. That law applies uniformly to all provinces and it is not constitutionally acceptable to refer to provincial statutes in maritime negligence actions. The Court held that maritime law must nevertheless follow the evolution of society as the civil law and common law have done.

The Court found that English maritime law (incorporated into Canadian maritime law in 1934, as noted) was an amalgam of principles deriving in large part from both the common law and civil law traditions and that, although most of the rules of maritime law, including those of tort, are founded upon English common law, it is advantageous to take into account the experience of other countries, in particular those of civil law jurisdiction.

Thus the Court held that although, historically in common law, damages awarded for fatal accidents were for pecuniary losses only and non-pecuniary losses were not recoverable, the courts should change these rules to permit this type of action. The Court found that the non-statutory rules should be amended to keep maritime law in step with modern understandings of fairness and justice so that dependants may be compensated for loss of guidance, care and companionship of a spouse, father or mother, child or other person who has been killed or injured in a boating accident.

It was also the Court's view that Canadian maritime law should be reformed to allow an executor to bring an action in the name of the deceased that the deceased could have brought had he or she lived. It noted that this change was readily justified since all common law provinces had adopted statutory measures to this effect, the *Civil Code of Quebec* had long since made such provision (articles 596 and 607 *C.C.L.C.*, now article 625 *C.C.Q.*), and the practice is common in common law and civil law countries around the world.

- *Augustus* v. *Gosset* [1996] 3 S.C.R. 268

Augustus v. *Gosset* [1996] 3 S.C.R. 268 had its origins in Quebec in the death of a 19-year old black youth who was shot by a police officer. The victim's mother claimed compensatory damages for *solatium doloris* (consolation of mental anguish) under articles 1053 and 1056 *C.C.L.C.* and damages for loss of life expectancy under sections 1 and 49 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. The Court alternatively considered whether it was appropriate in this case to award exemplary damages in accordance with the principles enunciated in *Quebec (Public Curator)* v. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand* [1996] 3 S.C.R. 211 (discussed below).

L'Heureux-Dubé J., writing for the Court, described the origins of *solatium doloris* in Quebec civil law and emphasized that the concept was no longer disputed before the Supreme Court. She confirmed that, with respect to non-economic losses in Quebec, reference must be made to French law, not English law, and that, unlike the common law, the civil law grants compensation to an indirect victim for non-economic losses resulting from a person's death. The Court noted that, in civil

law, any loss, whether pecuniary or not, is compensable if it is proven that an injury was suffered by the victim and there was fault on the part of the tortfeasor.

The Court specifically states that *solatium doloris* is a type of compensable non-economic loss and that it includes all losses that at civil law are considered "extrapatrimonial", both immediate grief and the loss of future companionship, resulting from the death of a loved one.

To date, the Quebec courts, believing themselves bound by the rule that *solatium doloris* did not constitute a compensable loss (following the historic judgment in *Canadian Pacific Railway Co.* v. *Robinson* (1887) 14 S.C.R. 105), have not been inclined to award compensation for all losses suffered. The Court noted the striking differences that exist between the non-pecuniary damages awarded in certain situations and the usual award to parents of a child who loses his or her life owing to the fault of a third person.

The Court's judgment in *Robinson* concerned the uniform application in Canada of the non-recovery for *solatium doloris* rule and reflected the traditional common law reluctance to recognize non-pecuniary losses. This decision, which has been characterized as a historical error, but one that is no longer relevant today given the absence of a provision equivalent to article 1056 *C.C.L.C.* in the *Civil Code of Quebec*, has nevertheless left its mark on most of Quebec jurisprudence. Despite the prior and contemporaneous Quebec judgments that had held that damages could be awarded for *solatium doloris*, most Quebec courts have long refused to acknowledge this as a ground for compensation, instead making awards for the pecuniary consequences of grief such as loss of companionship or deterioration of health due to a person's death.

And yet the Court emphasized that French law has always recognized that non-economic losses resulting from the death of a relative were compensable. Belgium and Scotland have also adopted the principle as well as a number of common law jurisdictions, including certain states in Australia and the United States.

Elsewhere in Canada, in the common law jurisdictions, the right to claim damages for the death of a third party is provided for by specific statutes, which are interpreted as covering only pecuniary damages. Compensation for non-pecuniary losses is provided for in certain statutes, in particular in Alberta and New Brunswick.

However, the Court emphasized that Quebec courts, like those of the other provinces of Canada, have always refused to recognize the losses suffered as a result of loss of life or life expectancy as granting entitlement to compensatory damages. Since the "right to life" has been interpreted as ending at death, it is inalienable.

Compensation for violation of parental rights, that is to say the right to maintain and continue a parent-child relationship, was also rejected by the Court since this right is recognized in neither the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nor the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*.

As for exemplary damages, the Court concurred with the Court of Appeal's judgment refusing to award such damages on the ground that unlawful interference with the right to life, protected by the *Quebec Charter*, had not been committed intentionally within the meaning of the second paragraph of section 49 of the Charter. The Court of Appeal had held that the only interpretation of the term "intentional" that could be accepted, in view of the historical context and specificity of the civil law, is

that the interference was actually intentional, which does not encompass reckless or negligent interference.

The notions of "unlawful and intentional" interference are interpreted in *Quebec (Public Curator)* v. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand* (above), which the Court considered in this case. For the interference to be characterized as unlawful and intentional, the person who commits the unlawful interference must have "a state of mind that implies a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or [...] acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause". (par. 77, *St-Ferdinand*, par. 121)

In this case, the Court held that the interference was not intentional and that using a weapon to keep a suspect under control at a distance was standard police practice, the consequences of which in this case could not be characterized as "immediate and natural" or even as "extremely probable".

- *Béliveau St-Jacques* v. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.* [1996] 2 S.C.R. 345

In *Béliveau St-Jacques* v. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, the Court had to determine whether a victim of harassment in the work place who had received compensation under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* (section 438 *AIAOD*) for having suffered an employment injury related to the events could also bring an additional civil liability action based on the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* (section 49). The Court considered the case of compensatory damages and exemplary damages.

Gonthier J., writing for the majority, found that a civil liability action under section 49 of the Charter did not deviate from the *jus commune* in this matter. He held that the Charter does not afford a new remedy, either compensatory or exemplary; it constitutes an overlap with the *jus commune* and, in that sense, does not allow double compensation for the same fact situation. The *AIAOD* provides for an exclusive compensation scheme similar to that of British Columbia and other Canadian provinces. It is a statutory insurance scheme of no-fault collective liability, which replaces the former systems of individual civil liability based on fault. Its main purpose is compensation and thus final settlement of claims.

L'Heureux-Dubé J., dissenting in part, agreed that the no-fault compensation scheme constituted by the *AIAOD* shares the same compensatory purpose as the first paragraph of section 49, even if the *AIAOD* compensates the victim only partially (*inter alia* because compensation for non-economic losses does not appear possible under the act). She concluded, as did her colleague on this point, that the *AIAOD* does not permit the existence of a parallel compensation scheme. In her view, however, there is no overlap between the exemplary damages provided for in the second paragraph of section 49 and the *AIAOD* and the general legal framework. The punitive, deterrent damages under section 49 would thus be available to the victim, in L'Heureux-Dubé J.'s view, if there were proof of the elements of liability stemming from the general principles of civil law liability (under article 1053 *C.C.L.C.*, today article 1457 *C.C.Q.*)—that is, fault, loss, and causation—as well as the "unlawful and intentional" nature of the interference with the right contemplated by the second paragraph of section 49.

The Supreme Court bench agreed that the concept of exemplary damages has always been foreign to the civil law. Under the *Civil Code of Lower Canada*, now the *Civil Code of Quebec*, the

system of delictual liability is confined to the compensatory aspect of liability, and compensation is based on the loss suffered and the earnings lost. Punishment and deterrents fall within the domain of criminal liability.

However, like the common law jurisdictions, the Quebec legislature has recently permitted exemplary damages to be awarded in certain cases. According to article 1621 *C.C.Q.*, exemplary damages may be awarded, on certain conditions, under certain specific social statutes. However, this type of remedy has not been raised to the level of general principle and remains an exception in Quebec civil law. France has categorically rejected the notion of exemplary damages since the seventeenth century. Compensation for loss is still the only recognized goal of damages in that country.

- *Quebec (Public Curator)* v. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand* [1996] 3 S.C.R. 211

In *Quebec (Public Curator)* v. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, the Court found that the inconvenience caused by the illegal strikes by employees of the Hôpital St-Ferdinand in Quebec constituted a moral prejudice under the general rules of civil liability, but also interfered with the patient's "dignity", a right recognized by the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* (*R.S.Q.*, c. C-12, article 4). More particularly, the Court considered the rules of evidence applicable to class actions, the evaluation of non-economic loss and the award of exemplary damages under the *Quebec Charter*.

L'Heureux-Dubé J., writing for the Court, held that the basic principles of evidence in civil matters are applicable to every civil law action in Quebec, including class actions. Fault, loss and causation must be proved on the balance of probabilities for all the members of the group bringing the action. The Court emphasized that the *Code of Civil Procedure* provided no exception to these principles, as Book Nine merely adapts to class actions the ordinary rules of bringing an action.

The Court held that proof by presumption, that is to say indirect or circumstantial proof, is completely recognized in the civil law tradition and applies to class actions as it does to any other civil action. It found that, in Quebec, as in France, two types of presumption are recognized: legal presumptions, which are established by the legislator, and presumptions of fact, which are left to the discretion of the court (article 1238 *C.C.L.C.*, now article 2846 *C.C.Q.*). In Quebec, however, the courts have required that presumptions of fact be significant, precise and corroboratory.

With respect to non-economic loss, the Court referred to the trilogy *Andrews* v. *Grand & Toy Alberta Ltd.* [1978] 2 S.C.R. 229, *Arnold* v. *Teno* [1978] 2 S.C.R. 287, and *Thornton* v. *Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)* [1978] 2 S.C.R. 267, and to its decision in *Lindal* v. *Lindal* [1981] 2 S.C.R. 629, which was added subsequently. These cases established the principles of compensation for non-economic loss and the method for computing damages.

In *Andrews*, Dickson J. described three methods for analyzing non-pecuniary losses. First was the "conceptual" approach, which treats each human faculty "as a proprietary asset with an objective value, independent of the individual's own use or enjoyment of it". French law favours this evaluation method in practice and Quebec jurisprudence is replete with examples of this kind.

Second, the "personal" approach values the injury in terms of the loss suffered, and compensation is based on a subjective evaluation of the pain and inconvenience caused by the

injuries suffered by the victim. In Quebec, this approach is sometimes used to determine the extent of moderate and minor losses.

Lastly, the Court's "functional" approach assesses the compensation required to provide the injured person "with reasonable solace for his misfortune". This approach was adopted in the specific circumstances of each of the cases of the trilogy cited above as well as in *Lindal*. In Quebec, writers do not agree as to whether this approach should be applied and the courts are not inclined to use this method of calculation which the common law jurisdictions appear to favour.

In the case at bar, L'Heureux-Dubé J. chose to divide the question in order to consider it first from the standpoint of justification for the right to compensation for non-economic loss, then from that of evaluation of that loss. With respect to justification for the right to compensation, L'Heureux-Dubé J. held that the objective conception of loss should be adopted in civil law since it is much more consistent with the fundamental principles of Quebec civil law. The purpose of the system of civil liability in Quebec is to compensate loss fully (*restitutio in integrum*), which means that there will be compensation for loss suffered on account of wrongful conduct, regardless of whether the victim is able to derive any enjoyment from it, or is even aware of it (compensation for non-economic loss is expressly provided for in article 1457 *C.C.Q.*). The subjective conception of compensation for moral prejudice has no place in civil law since it is conditional on the victim's ability to benefit from pecuniary compensation. L'Heureux-Dubé J. held that, on this point, the applicable rule in civil law might be different from that prevailing in common law, but she found there was no reason to decide the matter in this case.

As to evaluation, L'Heureux-Dubé J. contended that the three approaches complemented each other and should apply jointly and thereby encourage a personalized evaluation of the non-economic loss. Although Quebec courts had not uniformly adopted the "functional" method, in her view, it was apparent from Quebec case law and doctrine that there was an interaction among the three evaluation methods. She concluded that the "functional" approach, as defined in the trilogy and *Lindal*, should be used to determine the quantum of damages for non-economic loss. In support of this conclusion, she cited Dickson J. in *Andrews*, supra, at 262, indicating that this method seeks to calculate the 'physical arrangements that can make the victim's life more endurable [...] accepting that what has been lost is incapable of being replaced in any direct way."

Considering exemplary damages, L'Heureux-Dubé J. found that the inconvenience caused by the employees' illegal strikes constituted not only non-economic loss under the general rules of civil liability (article 1053 *C.C.L.C.*, now article 1457 *C.C.Q.*), but also "unlawful and intentional" interference with the hospital patients' right to dignity within the meaning of the second paragraph of section 49 of the *Quebec Charter*, a right protected by section 4 of the Charter.

The interference was "unlawful" because the losses suffered by the patients resulted from wrongful conduct under article 1053 *C.C.L.C.* A person's conduct is characterized as wrongful if he or she violates a standard of conduct considered reasonable in the circumstances or a standard set out in the Charter. The same reasoning was followed by Gonthier J. in *Béliveau St-Jacques* v. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.* (above, par. 120).

Interference is "intentional" when the person who commits it knows and desires its result. This is not a traditional civil law notion of "gross negligence" which encompasses the simple negligence or recklessness of the person who commits it. Like Gonthier J. in *Béliveau St-Jacques* v. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, above, par. 126, L'Heureux-Dubé J. explained

that this is so because exemplary damages under the Charter are, as in common law, intended to punish and deter certain conduct rather than compensate as the new article 1621 *C.C.Q.* moreover provides.

Canadian courts recognize that compensation in civil liability actions must adapt to the necessities of modern life. Family law is also subject to this imperative, in addition to the significant changes under way in marital life and the increasing mobility of individuals. The international conventions to which Canada is a party already reflect this reality.

3. Family law

Family law is a field in which there is extensive litigation, although mostly at levels lower than the country's highest court. The Supreme Court does however hear cases when the issue is the interpretation of concepts in international documents that Canada is a party to, or to discuss general principles such as the intervention of the state in matters of private law. In the judgments discussed below, the principles governing child protection, custody and support are considered in specific contexts.

3.1 Right of Custody

The first two cases discussed in this section involve the principles governing the concept of "child custody" where the facts involve more than one country.

The Court has observed that the right of custody has evolved in the same direction in both systems of law. The principle is that the custodial parent, under both systems, has the right of custody, which includes the right to choose the child's place of residence, although this question arises in the context of material change in the child's situation.

The third decision raises the question of the *parens patriæ* authority of the state and of the common law courts with respect to the protection of children.

- *Gordon* v. *Goertz* [1996] 2 S.C.R. 27

In *Gordon* v. *Goertz*, the Supreme Court analyzed the concept of child custody in the context of the custodial parent's change of residence. In that case, the Court held by a majority decision that the mother would retain custody of the child despite her intention to move to Australia and that the father would be able to exercise his visiting rights not only in Australia but also in Canada.

McLachlin J., writing for the majority, held that it must first be proven that a child's situation has undergone a material change for a judge to be able to render a decision based on the best interests of the child in light of the new situation.

While subscribing to McLachlin J.'s decision, L'Heureux-Dubé J. emphasized that the notion of custody was no longer a controversial issue in Canadian law, relying on a certain number of uncontroversial basic premises to justify her analysis. She concluded that the decision as to the child's place of residence was within the custodial parent's powers and, on this point, disagreed with McLachlin J.'s view that evidence of the existence of a material change could undermine this right.

L'Heureux-Dubé J. briefly reviewed the concept of custody at common law, in the *Divorce Act* and in provincial statutes, as well as under the *Civil Code of Quebec*, and also considered the relevant international instruments and the principles applicable in other jurisdictions.

After reviewing the common law, she concluded:

> Thus, custody at common law has been historically recognized as a wide and inclusive concept which grants the person entrusted with it, *inter alia*, the power to choose where the child shall live, subject to the right of the non-custodial parent to oppose such choice by seeking a variation order of the custody or access terms and such other limitations as may be warranted on the facts of the case.

With respect to the *Divorce Act*, she contended that the notion of custody is well established in case law and among Canadian writers and that the act gives no reason to doubt that Parliament had any intention but to attribute to the notion of custody the definition recognized at common law. She held that jurisprudence in Quebec and other jurisdictions recognizes that the right to decide on a child's place of residence is included in the powers of the custodial parent as an accessory to custody.

The definitions of custody given in provincial statutes are also consistent with the notion of custody accepted in common law and under the *Divorce Act*.

The *Civil Code of Quebec* does not define the notion of custody, although it is generally recognized that the parental authority includes the right to decide on the child's place of residence. The person who has custody of the child in a case of divorce or separation has exclusive decision-making power in this matter and with respect to all matters relating to the child. L'Heureux-Dubé J. referred to *W. (V.)* v. *S. (D.)* [1996] 2 S.C.R. 108, in which she conducted a detailed analysis of the notion of custody. She wrote:

> That is not to say, however, that the non-custodial parent is deprived of all exercise of parental authority: so far as it is not incompatible with the rights of the custodial parent, the non-custodial parent must exercise his duties of supervision and education towards the child by means of the right to access [...]; (article 605 *C.C.Q.* (previously article 570)), as well as the right to refer any litigious matter relating to the exercise of the parental authority to the Court (article 604 *C.C.Q.* (previously article 653)).

She observed that, with respect to the right to choose a child's place of residence, custody is interpreted similarly in civil law, under international instruments and in other common law and civil law jurisdictions.

L'Heureux-Dubé J. emphasized that, in view of this exclusive power of the custodial parent, the onus is thus on the non-custodial parent to show that the move is not in the best interests of the child and that custody and visiting rights must therefore be changed.

- *V.W.* v. *D.S.* [1996] 2 S.C.R. 108

In *V.W.* v. *D.S.*, the Court considered the right of custody in relation to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35. As the Convention's object is to give effect to the right of custody, the relocation of or failure to return a child in contravention of this right automatically triggers the mandatory return mechanism provided for by the Convention. Although what the Convention means by "rights of custody" must be determined independently of the domestic law of the jurisdictions to which it applies, the question of who holds

the "rights relating to the care of the person of the child" or the "right to determine the child's place of residence" within the meaning of the Convention is determined in accordance with the law of the state of the child's habitual place of residence.

In Canada, all the provinces with the exception of Quebec have incorporated the Convention in a domestic statute. Quebec has enacted the *Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction*, R.S.Q., c. A-23.01, the purpose of which is to give effect to the Convention.

The notion of custody within the meaning of the *Civil Code of Quebec*, at common law (according to McIntyre J., in *King* v. *Low* [1985] 1 S.C.R. 87, at 93, the right of custody has evolved along similar lines in the two systems), and in the *Divorce Act* does not differ from the notion of custody as it is meant in the Convention and in the Quebec *Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction*. Under these various systems, the notion is given a broad meaning, independent of visiting rights, which encompasses, in particular, the right to decide on the child's place of residence.

In Quebec, the applicable test in custody matters, apart from cases of divorce and physical separation, is stated in article 30 *C.C.L.C.* (now article 33 *C.C.Q.*): "the child's interest and the respect of his rights". In cases of physical separation, the Court has a duty under article 569 *C.C.L.C.* (now article 514 *C.C.Q.*) to rule on custody of the children "in their interest and in the respect of their rights".

The Court held that it follows from this broad notion of custody that deciding on the child's place of residence is within the powers of the custodial parent, subject to the non-custodial parent's right to apply to the Court to vary the terms and conditions of custody and access after the child is removed.

It was held in this case that, since the child was domiciled or resided in Quebec with the father, under art. 70 of the Quebec *Code of Civil Procedure* and Quebec conflicts rules, the Superior Court had jurisdiction to hear the motion for custody of the child. The judge of first instance relied on the act (which incorporates the Convention) rather than on the *Civil Code of Quebec*, but this difference is of no consequence as the tests are the same in both.

The Court briefly considered the origins of the general powers of the Superior Court of Quebec which do not derive from the *parens patriæ* of the superior courts of the provinces as recognized at common law, but rather from article 46 *C.C.P.* Absent a specific statutory provision, this authority, for historical reasons, would fall exclusively to the Queen's representative, the lieutenant-governor.

- *Winnipeg Child and Family Services* v. *K.L.W.* [2000] S.C.J. No. 48

The *parens patriæ* authority of the state was also at issue in the Supreme Court's recent decision in *Winnipeg Child and Family Services* v. *K.L.W*, which concerned child protection.

L'Heureux-Dubé J. emphasized that the state has assumed both the power and the duty to intervene to protect children's welfare because children are vulnerable and are unable to exercise their rights independently. This responsibility finds expression in the *parens patriæ* jurisdiction of the common law courts, and is also found in Book 1 of the *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64, and in every provincial and territorial child protection statute.

In this case, the appellant contested the constitutionality of a provision of the *Child and Family Services Act* which enabled Winnipeg Child and Family Services to apprehend a child without a warrant, even in the absence of an emergency, where it is satisfied that there are "reasonable and probable grounds for believing there is a child who is in need of protection".

Arbour J., in dissent, found that, even if the Court and child protection agencies exercise *parens patriæ* authority over children, the interest of society requires that government players not remove children from the custody of their parents without legal grounds. Arbour and McLachlin JJ., dissenting, concluded that the impugned provision of the *Child and Family Services Act* is incompatible with section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* since it interferes with the right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice and is not justified, under section 1, in a free and democratic society.

L'Heureux-Dubé J., writing for the majority, held that, in view of the fact that the *Child and Family Services Act* provides for the removal of a child from that child's parents, it interferes with the right to security of the person. However, in the social and legislative contexts in issue in this case, this interference is in accordance with the principles of fundamental justice and does not violate section 7 of the Charter. The provision is therefore constitutional, and in the case at bar the intervention by the state was justified to protect the child.

3.2 Obligation of Support

- *Bracklow* v. *Bracklow* [1999] 1 S.C.R. 420

In *Bracklow* v. *Bracklow*, McLachlin J. held that a spouse has an obligation to support a sick or disabled ex-spouse in addition to the compensation to which the ex-spouse is entitled for losses resulting from the marriage.

The obligation of support in Canada is governed by the provisions of the *Divorce Act*. The civil and common law applied before that act came into force and still form the backdrop to it.

There are two competing theories regarding support. The first, which more resembles the common law and civil law conceptions that existed prior to the *Divorce Act*, and is based on a mutual obligation of support, emphasizes the interdependence created by marriage. The second, the clean-break model, which is more consistent with the modern vision of the *Divorce Act*, emphasizes the independence of each party to the union.

Parliament and the provinces have recognized both models in their statutes. It is well-settled case law that compensation is the main reason for awarding support, but McLachlin J. found that the obligation to provide support can also be said to exist in certain circumstances where fairness requires it, as was the case in this instance.

In family law, certain principles have developed analogously in each of the traditions in Canada. In the law of contracts, the Court has held that, although this branch of the law must be interpreted under each of the legal systems, certain notions have been applied in a similar way in both. The court may therefore compare judgments from another jurisdiction in the search for a fair solution as a matter of interest.

4. Contracts

The law of contracts affords significant distinctions for comparison purposes. As the civil law is the *jus commune* of Quebec, certain public law provisions enacted by the civil code form a barrier to the freedom of contract that is generally the rule in the common law tradition.

Employment and insurance contracts are two specific forms of contract, and adhere to the general rules but are subject to their own conventions. The following judgments address the principles governing each and the specific rules of application in both civil and common law.

4.1 Contracts of Employment

- *Farber* v. *Royal Trust Co.* [1997] 1 S.C.R. 846

Farber v. *Royal Trust Co.* originated in Quebec and concerned constructive dismissal and resulting damages.

Gonthier J., writing for the Court, held that the doctrine of constructive dismissal is not a common law concept incorporated in the civil law. He recalled that the Supreme Court had repeated on many occasions, "The civil law is a complete system in itself; care must be taken not to adopt principles from other legal systems." (par. 31)

He emphasized that, for a legal principle to be applicable in the civil law, it must above all be justified within the system itself. It may of course be interesting in some cases, such as the one at bar concerning constructive dismissal, to consider solutions applied to a problem in another legal system, but only from a comparative standpoint.

To support the contention that the principle of constructive dismissal had long been widely applied, he chose to cite a 1985 constructive dismissal case (*Lavigne* v. *Sidbec-Dosco Inc.* [1985] C.S. 26, p. 28) in which Hassan J. of the Superior Court of Quebec summed up the state of the law on the question:

> Caution must be exercised in adopting unreservedly common-law concepts of contract in two cases arising under the Civil law, except where there is useful necessity and authoritative precedent. However, in the case of lease and hire of personal services, in Quebec, the doctrine of constructive dismissal has been recognized. (p. 28)

Gonthier J. then briefly reviewed the principles of constructive dismissal applicable in civil law and common law.

In Quebec, the contract of employment is governed by the civil law, in particular the Civil Code. Although the facts of the case occurred before the new code came into force, the Court emphasized that the *Civil Code of Quebec* did not appear to have amended the law applicable in this field.

The Civil Code provides that the general rules of contract apply to the contract of employment (article 1670 *C.C.L.C.*). A contract is binding between the parties as they are required to comply with their undertaking (article 1022 *C.C.L.C.*). The parties may not unilaterally amend the obligations which they have undertaken in the contract.

In the case of a contract of indeterminate duration, a party may terminate the contract unilaterally. If an employer terminates a contract, that action constitutes dismissal and the employee

is entitled to reasonable notice of the breach of contract or to compensation in lieu of notice (article 1688 *C.C.L.C.*). Where an employer unilaterally and materially amends the essential conditions of an employee's contract of employment and the employee leaves his employment because he does not accept those amendments, the result is a "constructive dismissal" in view of the fact that there has been no formal dismissal.

Courts in the common law provinces have established that unilaterally imposing a fundamental or substantial amendment to an employee's contract of employment in contravention of the conditions of the contract constitutes a fundamental breach of that contract. That breach results in the termination of the contract and permits the employee to seek damages in lieu of reasonable notice for constructive dismissal.

Gonthier J. concluded, on the principle which he had previously established, that, in view of the similarity between the rules respecting constructive dismissal in the two systems of law, it is appropriate to consider the decisions of the courts in common law and civil law jurisdictions to determine what has been characterized as fundamental changes to a contract of employment resulting in its termination.

The courts in both Quebec and the common law provinces have characterized demotion, unilateral change in the method of computing remuneration and significant reduction of an employee's income imposed by the employer as constructive dismissal. The Court held in this instance that these three aspects were present and amounted to substantial changes to essential conditions to the contract of employment.

4.2 Contracts of Insurance

- *Chablis Textiles Inc. (Trustee of)* v. *London Life Insurance Co.* [1996] 1 S.C.R. 160

In *Chablis Textiles Inc. (Trustee of)* v. *London Life Insurance Co.*, the Court considered the temporal scope of suicide exclusion clauses in life insurance contracts. The case originated in Quebec.

Gonthier J. emphasized that, since the reform of insurance law in Quebec, suicide was no longer a legal basis for exclusion of risk. The insurer thus now had to exclude coverage in cases of suicide by agreement, but the scope in time of the exclusion clause was limited to two years, after which it could no longer have effect under article 2532 *C.C.L.C.* The common law imposes no such limit, as the will of the parties expressed in the agreement is the reference point.

Gonthier J. cited L'Heureux-Dubé J.'s remarks in *Frenette* v. *Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, at page 667, to recall certain considerations which must guide the interpretation of insurance contracts in general:

> In construing the terms of an insurance contract, it is now well recognized that the principles of construction which apply are the same as those generally applicable to commercial contracts. Indeed, some of these principles have been codified in the *Civil Code* in articles 1013 to 1021. Thus, should a contract need interpretation, the cardinal rule is that the intention of the parties must prevail, subject of course to the public order provisions of the *Civil Code*.

Gonthier J. observed that article 2476 *C.C.L.C.* provides for the formation of an insurance contract in civil law and that such a contract is formed "upon the insurer's acceptance of the

policyholder's application". This provision is the specific codification of the general civil law rule that a contract is formed as a result of the meeting of minds.

Lastly, the Court emphasized that it is clear that "insurance law must develop in harmony with the rest of Quebec civil law, of which it forms a part, although North American insurance practices, such as backdating, cannot be ignored." (par. 30) The Court found that certain common law decisions, such as *McClelland and Stewart Ltd.* v. *Mutual Life Assurance Co. of Canada* [1981] 2 S.C.R. 6, an appeal from an Ontario decision, are of interest for comparative purposes even though they do not have a decisive influence on the outcome of appeals originating in Quebec. The Court contended that the point at issue in this case, as in *McClelland*, in order to determine the starting date of the exclusion period, was to identify the parties' intentions as to the effective date of the contract regardless of the fact that that date had been determined by agreement between the parties or by the provisions of the Civil Code. The Court concluded that the parties in both cases had resorted to backdating.

- *Perron-Malenfant* v. *Malenfant* [1999] 3 S.C.R. 375

Perron-Malenfant v. *Malenfant* concerns the seizability of the cash surrender value of a life insurance policy in case of bankruptcy.

In bankruptcy, Parliament has exercised its jurisdiction by enacting the *Bankruptcy and Insolvency Act*. The provisions of Quebec statutes exempting life insurance policies from seizure and those contained in the *Uniform Life Insurance Act* of the common law provinces are incorporated in it by reference. Thus, under the act, the rule is that all rights conferred by a seizable insurance policy may be seized, in particular the right to the cash surrender value of the policy, except where otherwise provided by provincial statute.

Gonthier J. explained that Quebec insurance law underwent a thorough reform as part of the broader movement to revise the Civil Code. The legislator's intention had been to create a "comprehensive unseizability code" for life insurance contracts within the *Civil Code of Quebec* itself, as may be seen from articles 2552 and 2554. These articles supplanted the established civil law principle, the basis of which however still exists in common law, that the right to surrender a policy is a "personal right" that may not be exercised by the insured's creditors (article 1031 *C.C.Q.* and earlier case law on the subject).

Articles 2552 and 2554 *C.C.Q.* entrench the unseizability of two classes of policies, those in which the beneficiary is the spouse, descendant or ascendant of the policyholder, and those in which the policyholder designates himself as irrevocable beneficiary of his own policy. These classes do not include the type of policy involved in this case since the beneficiary was the spouse of "the insured" and the policyholder spouse designated herself a "revocable beneficiary" of the insured. The general provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act* were thus applicable in this case and rendered the policy seizable by the trustee for the purposes of allocating the cash surrender value among the creditors of the insured.

The Court noted that the Quebec legislature defined the class of unseizable family life insurance policies on the basis of the beneficiary's relationship to the policyholder, not to the insured, as provided by the *Uniform Life Insurance Act* of the common law provinces. On this point he cited a passage from David Norwood's treatise, *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, at

pages 249 and 250, explaining the historical reason for the difference between the two legal systems:

> The distinction between the common law provinces and Quebec is historical in that the original *Uniform Act* statutory trust extended to all policies, so that the common denominator was the life insured, whereas Quebec's *Husbands' and Parents' Life Insurance Act* was applicable only to personal policies owned by the insured on the insured's own life, so that the protection rested upon the relationship between the policyholder and the beneficiary.

Conclusion

This review of Supreme Court decisions from a bijural standpoint underscores the importance the Court attaches to the distinction that has to be made between public and private, but it also shows in particular the primacy that the Court accords to the provinces in the various fields affecting property and civil rights. It also gives rise to a number of observations.

The Supreme Court does not hesitate to give full effect to statutes of common law provinces enacted in the areas of property and civil rights when they codify, replace or repeal the common law. Similarly, it holds that in these areas, the *Civil Code of Quebec* represents the *jus commune* of civil law in Quebec and is the law that serves as the reference point for Quebec statutes.

As for Quebec, the Court has resolutely chosen to enhance the position and emphasize the autonomy of the civil law. Several times in the judgments examined here, it has upheld the notion that the civil law is a complete system in itself, that the Civil Code represents the *jus commune* of the province of Quebec, and that it is not a law of exception as is statute law under the common law. Finally, it often refers to French doctrine in interpreting Quebec civil law.

The Court certainly relies on its own precedents as well in considering private law cases brought before it. In so doing, it hears cases that originated in one province or another without regard to which legal system was involved. In hearing cases on appeal from Quebec, it generally makes clear that it looks at common law cases for purposes of comparison only, and notes that an outside legal principle must first be justified under the civil law system for it to be applicable. When it hears cases from provinces other than Quebec, it often cites civil law judgments for the purpose of comparing legal concepts of the two traditions, as well as comparing how they are interpreted.

In general, if it is noteworthy that the Court would rather leave things to the provinces in questions of private law, it does try to ensure that its decisions on these questions, while respecting each legal tradition, do not produce results too inconsistent with each other from one province to another, in order that a given act has similar legal consequences throughout the country.

In its private law decisions, however, the Court also appears to refer frequently to the law of jurisdictions other than the Canadian provinces, perhaps because of the bijural nature of its own country. It cites doctrine from both the civil law of France and the common law of England, and refers to English law and to law of civil tradition in other countries as well as to international instruments, which are becoming increasingly numerous. This tendency reveals a definite inclination on the part of the Supreme Court to attune itself to globalization, and in general to respond to the needs of modern society by seeking out models that will do the most good for those Canadians who become part of the legal process.

In view of this openness to the many available sources of law, the question arises as to whether this attitude can lead to a standardization of the law. In Canada, the law is evolving and will continue to do so, and Canadian common law has distanced itself from English law, just as Quebec law has developed differently from French civil law. The civil law runs a greater risk of being assimilated than the common law, given the predominance of the common law in North America.

Professor Jobin draws a quite accurate picture of the situation of civil law at page 116 of his article, "L'Influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement des deux continents" (in *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, éd. H. Patrick Glenn Cowansville, Qc, Les Éditions Yvon Blais, 1993, pp. 91-117):

> [translation] To a certain degree, of course, the law of Quebec is a mixed law. It is applied in the framework of a legal system of British inspiration. It lives in close proximity to the other major Western legal tradition—the common law governs the private law of all the other Canadian provinces, virtually all the American states and Quebec's public law, and forms the basis of the federal private law applicable in Quebec. But these are not reasons to resign ourselves to a "laissez-faire" legal stance.

The solution undoubtedly lies in the optimistic view of the future that Professor Glenn describes at page 213 of his article, "Le droit comparé et la Cour suprême du Canada", (in *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Collection Bleue, Ouvrages collectifs, Mtl, Wilson Lafleur Ltée, 1989, pp. 197-214) and which he shares in this matter with Mr. Justice Pigeon:

> [translation] This old tradition of comparative law is simply an attempt to find a better solution, the discovery of which can never stop the further search for an even better solution. In this search, no source can be ruled out, as the Supreme Court did to a certain extent in the first half-century of its existence. And since sources cannot be excluded in creating a new law, they cannot be excluded any more in the continuation of one's own law. Sources must be judged on their merits. This was one of the leitmotifs of Mr. Justice Pigeon, who constantly showed in his work how the civil law and common law traditions need each other, while respecting each other's integrity.

In short, Canadian bijuralism will probably continue to be an original and internationally envied feature of this country, if it can count on the support of the Supreme Court and the legal community in general, but also on the support of politicians.

FASCICULE 3

LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET SON IMPACT SUR L'ARTICULATION DU BIJURIDISME

MANIFESTATIONS DU BIJURIDISME DANS LES JUGEMENTS DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DEPUIS L'ADOPTION DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien

Deuxième publication

Ministere de la Justice Canada
Department of Justice Canada
Canada

LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET SON IMPACT SUR L'ARTICULATION DU BIJURIDISME

France Allard

Données de catalogage avant publication de la Bibliothèque nationale du Canada

Vedette principale au titre :

L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication.

Texte en anglais et en français disposé tête-bêche.
Titre de la p. de t. addit. : The harmonization of federal legislation with the civil law of the Province of Quebec and canadian bijuralism. Second publication.
Comprend des références bibliographiques.
Publ. aussi sur l'Internet et sur CD-ROM.

1. Common law — Canada.
2. Droit civil — Québec (Province)
3. Droit international privé — Juridiction — Canada.
4. Droit comparé.
I. Canada. Ministère de la Justice.

KE432.H37 2001 342.71'042 C2001-980147-5F

Publié en vertu de l'autorisation de la ministre de la Justice et procureure générale du Canada

© Ministre de la Justice et procureure générale du Canada 2001

Imprimé au Canada

CAT : J2-176/3-2001
ISBN : 0-662-65725-X
TE : The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism.
STE : The Supreme Court of Canada and its Impact on the Expression of Bijuralism.
STE : Bijuralism in Supreme Court of Canada Judgments since the Enactment of the *Civil Code of Quebec*.
TF : L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien.
STF : La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme.
STF : Manifestations du bijuridisme dans les jugements de la Cour suprême du Canada depuis l'adoption du *Code civil du Québec*.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 1

I – La menace d'assimilation du droit civil par la common law 3

A – L'influence prépondérante de la common law sur le droit civil 3

B – Le mouvement d'affirmation du droit civil face à la common law 7

II – L'égale reconnaissance du droit civil et de la common law 13

A – La prise de conscience de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law 13

B – La confirmation des rapports de complémentarité entre le droit civil et le droit fédéral 23

Conclusion 27

LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET SON IMPACT SUR L'ARTICULATION DU BIJURIDISME

France Allard*,
avocate générale,
Direction des services législatifs,
ministère de la Justice du Canada

Introduction

L'intérêt plutôt récent pour le bijuridisme est révélateur d'une nouvelle ouverture des droits et des pratiques locales sur les droits et les pratiques des autres. Le phénomène du bijuridisme existe dans plusieurs pays et dans plusieurs contextes de relations nationales ou internationales. Nous ne saurions dire si cet intérêt est le résultat de la mondialisation des marchés et du développement de conventions commerciales internationales de plus en plus nombreuses, mais le besoin de connaître et de comprendre le bijuridisme est certainement présent.

On peut aborder le bijuridisme de plusieurs manières : simple cœxistence de fait de deux traditions juridiques, interaction entre deux traditions, intégration formelle de deux traditions dans un cadre donné (par exemple, dans une convention ou un texte législatif) ou, encore, sur un plan plus général, reconnaissance et respect de cultures et d'identités appartenant à deux traditions juridiques. Au-delà, toutefois, de l'état de fait qu'il suppose quant à la cœxistence des traditions, il suscite un questionnement sur l'interaction ou les rapports entre différentes traditions juridiques. De manière générale, plus particulièrement dans le contexte canadien, il requiert une interrogation sur les rapports entre le droit civil et la common law.

Il convient toutefois de souligner que dans le contexte canadien, la question du droit autochtone impose un regard multiple sur les rapports entre traditions. Ainsi, au-delà du bijuridisme, il y aurait aussi lieu de penser au plurijuridisme canadien. Les jugements de la Cour suprême du Canada traduisent l'importance du questionnement sur les rapports entre common law, droit civil et droit autochtone[1].

Au Canada, le bijuridisme n'est donc pas chose nouvelle, même si la dénomination du phénomène demeure assez récente. Une courte présentation des repères historiques du développement du bijuridisme canadien et québécois peut faciliter la compréhension des rapports entre les deux traditions. Le bijuridisme est un état de fait qui n'est pas nouveau. Son cadre juridique est depuis longtemps établi.

Bien que l'on fasse généralement remonter à l'*Acte de Québec de 1774* l'origine du bijuridisme canadien, la dualité des traditions juridiques a cours en Nouvelle-France dès le moment où Anglais

---

* Avocate générale — Droit comparé, Direction des services législatifs, ministère de la Justice du Canada. Je tiens à remercier M^me^ Nathalie Lacroix de la Direction des services législatifs du ministère de la Justice, pour sa précieuse collaboration à la recherche et M^e^ Louise Lavallée, légiste à la section de la réglementation de la Direction des services législatifs, ministère de la Justice, pour les nombreuses discussions. Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que leur auteure et ne correspondent pas nécessairement à celles du ministère de la Justice du Canada.

1 Voir p. ex., *Derrickson* c. *Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *R.* c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

et Français cœxistent sur le territoire. Avec la *Conquête de 1760*, le territoire anciennement français devient anglais par le *Traité de Paris de 1763*. Aucune mention n'est alors faite des lois, coutumes et usages du pays mais, durant cette période, les tribunaux sont administrés par des capitaines de milice dont les décisions s'appuient généralement sur la *Coutume de Paris*. Le *Traité de Paris* sera suivi par la *Proclamation royale de 1763*, qui déclare la province de Québec colonie anglaise et impose la common law comme droit applicable devant les tribunaux[2]. Pourtant, malgré l'imposition du système de common law, les habitants « français » continuent de suivre dans leurs relations entre eux la coutume d'alors. Les lois civiles françaises survivent par la pratique. Ainsi, même si officiellement les habitants de la province sont soumis aux seules lois anglaises, dans les faits, il existe une dualité des traditions.

En réponse à cet état de fait, le gouverneur Murray émet une ordonnance, le 17 septembre 1764, qui organise les cours civiles et dans lesquelles il serait jugé selon les lois d'Angleterre, tout en autorisant les juges des cours inférieures de considérer les lois et les coutumes françaises dans les causes entre natifs de la province de Québec, dans la mesure où ces causes sont mues devant le tribunal avant le 1er octobre 1764. Cette ouverture aux lois françaises est, dans les faits, élargie à l'ensemble des causes entre natifs de la province et, en juillet 1766, l'ordonnance est alors modifiée. Cette ordonnance rend l'administration de la justice « bijuridique » en prévoyant que « dans toute cause ou action civile entre sujets-nés britanniques, le jury devra se composer de sujets-nés britanniques seulement; que dans toute cause ou action entre Canadiens le jury devra se composer de Canadiens seulement; et que dans toute cause ou action entre sujets-nés britanniques et canadiens, le jury devra se composer d'un nombre égal de chaque nationalité si l'une ou l'autre partie en fait la demande [...]. »[3]

Avec l'*Acte de Québec de 1774*, la province de Québec est formellement devenue bijuridique. La common law et le droit civil s'appliquent sur le territoire selon des domaines d'application précis[4]. Les lois civiles sont régies par le droit civil, alors que la procédure, l'administration gouvernementale et le droit criminel sont régis par la common law. Ce cadre d'application des traditions juridiques demeure à ce jour au Québec. Quant au Canada, ce n'est qu'avec l'*Acte d'Union de 1841* que le Canada, par la réunion des Haut et Bas-Canada, est devenu bijuridique. Ce cadre a été reconduit et, pour certaines matières, redéfini dans la *Loi constitutionnelle de 1867* par les dispositions sur le partage des compétences[5].

C'est dans ce cadre que s'articulent les rapports entre droit civil et common law. Il en résulte des relations de complémentarité variées selon les domaines de droit en cause. Par ailleurs, quel que soit le cadre dans lequel le bijuridisme s'inscrit, la connaissance des traditions, des règles de droit propres à chacune et de leur mode d'expression, l'influence qu'elles peuvent avoir les unes sur les autres, de même que leurs différents modes d'interaction sont au cœur même du bijuridisme. Dans tous les cas, le bijuridisme suppose un dialogue entre les cultures, une reconnaissance réciproque des autres, un rapport de complémentarité entre les règles propres à chacune et leur interprétation au regard de l'autre. Ce n'est que dans cette mesure que l'on peut envisager sa véritable mise en œuvre.

---

2 Voir, sur cette période, G. Wynn, « Aux confins de l'empire 1760 –1840 » dans C. Brown et P.-A. Linteau, dir., *Histoire générale du Canada*, Montréal, Éditions du Boréal, 1990, 223.

3 M. Brunet, G. Frégault et M. Trudel, *Histoire du Canada par les textes*, Montréal, Fides, 1952 aux pp. 112-13.

4 Pour un exemple singulier de la cœxistence des traditions au Québec, voir J.E.C. Brierley, « The Co-existence of Legal Systems in Quebec : "Free and Common Soccage" in Canada's "pays de droit civil" » (1979) 20 C. de D. 277.

5 Art. 91 et 92, *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3. Voir plus particulièrement le paragraphe 92(13) de cette même loi, qui attribue aux provinces le pouvoir résiduaire sur la propriété et les droits civils.

C'est en fonction de ce dialogue, de cette complémentarité des règles et de leur interprétation qu'il est intéressant de s'arrêter aux décisions de la Cour suprême du Canada en tant que tribunal général d'appel pour le Canada. Ce texte a pour objectif de voir l'impact qu'a pu avoir la Cour suprême du Canada sur la reconnaissance et l'articulation du phénomène de dualité des traditions au Canada et le développement de l'autonomie ou, du moins de l'égale importance de chacune des traditions dans leurs champs d'application respectifs.

Au plan des rapports entre les deux traditions, deux périodes dans l'histoire de la Cour suprême du Canada peuvent être distinguées : une première durant laquelle le droit civil devait trouver sa voie, affirmer son autonomie face à la common law face à une menace d'assimilation (I) et une seconde durant laquelle s'est articulée l'égale reconnaissance du droit civil et de la common law (II).

I – La menace d'assimilation du droit civil par la common law

On perçoit souvent la Cour suprême du Canada comme un symbole de la cœxistence des traditions de droit civil et de common law. Créée en 1875 par le Parlement du Canada en vertu du pouvoir prévu à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[6] et composée de juges en provenance du Québec et des autres provinces[7], la Cour suprême du Canada devait devenir la cour générale d'appel pour le Canada. Il faudra toutefois attendre 1949 pour qu'elle ait ce rôle dans toutes les matières, y inclut les matières civiles[8]. Elle deviendra le tribunal de dernière instance pour toutes les causes, en provenance de toutes les provinces du Canada, qu'il s'agisse de droit civil ou de common law.

La création de la Cour suprême du Canada fait partie du mouvement de construction d'institutions nationales pour le Canada et son rôle s'inscrit dans le mouvement d'unification des droits nationaux de la fin du XIX[e] siècle[9]. Lors de sa création, on voit donc dans cette cour un moyen de développer un droit national unifié[10]. Ce rôle s'est largement manifesté par une faveur accordée à la common law dans l'interprétation du droit civil dans les premières années durant lesquelles la cour a siégé (A). Toutefois, face à la menace d'assimilation du droit civil par la common law et aux assauts de celle-ci sur la cohérence interne du droit civil, un mouvement de défense de l'intégrité du droit civil s'est développé. Celui-ci allait favoriser l'affirmation du droit civil en tant que système autonome de la common law (B).

A – L'influence prépondérante de la common law sur le droit civil

Peu avant la création de la Cour suprême du Canada, le *Code civil du Bas Canada* était adopté en 1866, codifiant les lois du Bas-Canada alors en vigueur en matière civile afin de les rendre plus

---

6 L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* se lit comme suit : « Le Parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada. »

7 Voir, sur l'évolution de la composition de la Cour suprême du Canada, F. Bélanger, *Les cours de justice et la magistrature du Québec*, Québec, Direction des communications du ministère de la Justice, 1999 à la p. 9 et s. La composition actuelle de la cour (neuf juges dont trois en provenance du Québec) n'a été établie qu'en 1949 lors de l'abolition des appels au Conseil privé.

8 Les appels au Conseil privé en matière criminelle ont été abolis en 1933.

9 Voir H.P. Glenn, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada » dans E. Caparros *et al.*, dir., *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 197 à la p. 205.

10 Ce rôle initial de la Cour suprême du Canada est généralement reconnu. Voir p. ex., P.H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution* dans Canada, *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, document 1, Ottawa, Queen's Printer for Canada, 1969 à la p. 6; J.G. Snell et F. Vaughan, *The Supreme Court of Canada. History of the Institution*, Toronto, The Osgoode Society, 1985 à la p. xii.

accessibles aux populations anglaise et française.[11] Les lois alors appliquées sur le territoire du Bas-Canada et codifiées par le *Code civil du Bas Canada* étaient de sources mixtes, reflétant la cohabitation des deux traditions : règles tirées de la *Coutume de Paris* à laquelle s'ajoutaient certaines règles modifiées par des statuts de la province et quelques règles provenant de parties des lois d'Angleterre[12]. Compte tenu de la mixité des sources, la tentation d'interpréter certaines des règles codifiées selon les principes de la common law et les précédents anglais était forte, tout comme la croyance que les règles inspirées de la common law devaient avoir un certain caractère uniforme dans leur interprétation.

Un des exemples les plus utilisés pour démontrer cette croyance d'universalité des règles du Code civil et de la common law, tant dans leurs fondements que dans leur application, est certes celui de *Canadian Pacific Railway Co.* c. *Robinson*[13] où le juge Taschereau, pourtant civiliste, refusait d'accorder des dommages-intérêts pour *solatium doloris* en vertu de l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada* en raison du fait que cet article ne pouvait être interprété comme tel, car le résultat eut été différent de celui de la common law. Pour certains, cette approche du juge Taschereau se voulait universaliste et ouverte à la multiplicité des sources[14]. Pour d'autres, il s'agissait d'un emprunt pur à la common law, qui n'a pas été fait en respectant l'économie générale du droit civil[15].

Dans d'autres cas, une distinction était établie quant au mode de raisonnement et à l'emprunt de sources « étrangères » selon que la disposition du Code tirait son inspiration d'une règle de common law ou d'une règle de droit civil. Dans le premier cas, il était courant de croire que, du même coup, on pouvait importer, dans l'interprétation de la règle énoncée dans le Code, le régime d'application d'une règle de common law dans son intégralité. Ainsi, par exemple, en matière testamentaire, il est clair que le principe de la liberté testamentaire est emprunté au droit anglais[16]. Il était donc courant de croire que toute question portant sur l'interprétation d'un testament et de la validité de ses clauses devait être approchée selon le droit anglais et ses techniques d'interprétation[17]. Il en fut ainsi dans l'affaire *Renaud* c. *Lamothe*[18] où les propos du juge Girouard sont révélateurs de cette tendance :

---

11 Sur le contexte de la codification et les travaux des codificateurs, voir J.E.C. Brierley, « Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed » (1968) 14 R.D. McGill 521.

12 Voir le texte de l'Acte concernant la Codification des Lois du Bas-Canada, qui se rapporte aux matières civiles et à la procédure, L.C. 1857, c. 43.

13 (1887), 14 S.C.R. 105.

14 D. Howes, « From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 » (1987) 32 R.D. McGill 523 aux pp. 527-28.

15 J.-L. Baudouin, « L'interprétation du code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975) 53 R. du B. can. 715 à la p. 732 et s.

16 Sur les fondements de l'intégration de la liberté testamentaire au Québec, voir A. Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960.

17 Pour un exposé de l'évolution de la liberté testamentaire et de sa portée au Québec, il faut lire J.-M. Brisson, « Entre le devoir et le sentiment : la liberté testamentaire en droit québécois (1774-1990) » dans *Recueils de la Société Jean Bodin*, vol. LXII, *Actes à cause de mort — Acts of Last Will*, Bruxelles, De Bœck, 1994, 277.

18 (1902), 32 S.C.R. 357.

> Lorsque le Code de la province de Québec est semblable au Code français, je comprends que la jurisprudence française doit être notre guide, au moins une haute autorité, qui a rarement été ignorée par cette cour, si jamais elle le fût, quelque différente qu'elle soit du droit anglais. [...] Mais si notre Code est différent, s'il décrète un principe du droit anglais, n'est-il pas raisonnable de recourir à la jurisprudence anglaise pour l'interpréter? Or, — et ceci n'est pas contesté, — la liberté pleine et entière de tester nous vient de l'Angleterre. La France ne l'a jamais connue. Peut-on alors mieux faire que de suivre les principes consacrés par le Conseil privé dans une cause analogue, celle de *King* v. *Tunstall*, décidée en 1874, et rapportée aux *Law Reports*[19].

Il est intéressant de noter que la décision *King* c. *Tunstall*[20], citée par le juge Girouard, est une décision du Conseil privé portant sur une question en provenance du Québec, rendue l'année précédant la création de la Cour suprême. *King* v. *Tunstall* est précédent anglais, portant sur le droit civil de la province de Québec, appliquant toutefois le droit anglais à toute question relevant de l'exercice et des effets de la liberté testamentaire.

Autre fait intéressant à noter dans *Renaud*, l'origine anglaise de la règle n'a pas été le seul motif de rejet de la demande de « l'héritier ». Comme le motif soulevé par le demandeur en était un d'ordre public, le juge Girouard a aussi fondé la décision de la Cour sur la nécessité d'appliquer uniformément la règle applicable à la capacité de donner et de recevoir par testament :

> [I]l est de l'intérêt de la province de Québec et de toute la Puissance, que, sur un sujet comme celui que nous considérons, il y ait uniformité de jurisprudence. Singulier spectacle que serait celui où un legs, comme celui fait aux héritiers Renaud, serait valide dans toutes les provinces, à l'exception de Québec et ce pour des raisons d'ordre ou d'intérêt public[21].

Il apparaît, de façon générale, que le rapport entre droit civil et common law ne s'est pas toujours articulé de manière à voir, entre les deux traditions, une relation de réciprocité et d'égalité. Les critiques des premiers jugements de la Cour suprême du Canada ont généralement souligné la place prépondérante de la common law durant cette période, même dans l'interprétation du droit civil québécois. Plusieurs ont déjà fait une analyse de l'évolution de la Cour suprême du Canada en ce qui a trait à l'interprétation et à la place qu'elle a accordée au droit civil dans ses jugements. Nous ne comptons pas refaire ce parcours[22]. Il convient toutefois de noter quelques éléments importants de cette époque qui peuvent, dans une certaine mesure, nous éclairer sur le développement des relations entre droit civil et common law et la reconnaissance assez tardive de la place égale du droit civil dans ses rapports avec le droit fédéral et la common law.

Dans le contexte canadien de la fin du XIX[e] siècle, l'unification du droit national ne pouvait se fonder sur le droit civil, ni même en tenir compte formellement. Cette exclusion du droit civil dans le mouvement d'unification du droit se manifeste à même les jugements qui, plutôt que de laisser entrevoir un échange de solutions entre les deux systèmes et une certaine réciprocité des influences, proposent une analyse comparative du droit unidirectionnelle : de la common law vers le

---

19 *Ibid.* à la p. 366.

20 (1874), 6 L.R. 55 (P.C.).

21 *Supra* note 18 à la p. 365.

22 Voir p. ex., Baudouin, *supra* note 15; R. Boult, « Aspects des rapports entre le droit civil et la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (1975) 53 R. du B. can. 738; Glenn, *supra* note 9, de même que les textes cités par ces auteurs sur ce sujet. Voir aussi P.-G. Jobin, « La Cour suprême et la réforme du Code civil » (2000) 79 R. du B. can. 27.

droit civil[23]. On est alors bien loin de la reconnaissance de l'égale valeur des traditions et du courant de reconnaissance du droit civil comme un droit différent et autonome de la common law en contexte canadien.

Ainsi, est-il courant de croire que la common law canadienne s'est peu inspirée du droit civil. On trouve malgré tout dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada de l'époque précédant le rapatriement de la juridiction d'appel au Canada, des cas où la règle de droit civil a eu une influence sur la règle de common law. Mais, comme le constatait H. Patrick Glenn[24], cette influence s'opère généralement par arrêts interposés, c'est-à-dire, par la citation de décisions anglaises citant des sources civilistes françaises.

L'affaire *Canadian Merchant Marine Ltd.* c. *Canadian Trading Co.*[25] est l'exemple le plus souvent retenu par les auteurs afin de rendre compte de ce processus de rapprochement de la common law au droit civil, car les juges Duff, Anglin et Brodeur y citent la décision anglaise *Taylor* c. *Caldwell*[26], dont les motifs seraient en partie inspirés des écrits de Pothier en ce qui a trait aux conditions implicites d'un contrat. À la lecture de l'arrêt *Taylor*, on se rend compte que Pothier n'est pas cité comme source, mais tout simplement à titre d'exemple de solutions étrangères dont les principes sur lesquels se fonde une solution sont similaires à ceux du droit anglais[27]. Il ne s'agit donc par d'une influence du droit civil, mais d'un simple renvoi comparatif semblable à ceux que l'on trouve dans la jurisprudence moderne. Tout en reconnaissant le principe de l'arrêt *Taylor*, les trois juges en ont tous rejeté l'application dans l'affaire *Canadian Merchant Marine,* compte tenu de la nature du contrat. On peut donc difficilement voir dans cette décision une influence du droit civil sur la common law.

On pourrait aussi penser que l'influence du droit civil sur la common law aurait pu s'opérer par la citation de décisions du Conseil privé portant sur le droit civil québécois, ensuite appliquées comme précédent à une situation prenant naissance dans une juridiction de common law. Aucun exemple n'a été répertorié en ce sens[28].

La common law n'est pourtant pas en soi réfractaire aux emprunts au droit civil[29] mais, dans le contexte canadien d'alors, l'analyse des rapports entre le droit civil et la common law s'est surtout faite, durant la première moitié d'existence de la Cour suprême, à sens unique[30]. Jean-Louis Baudouin soulignait d'ailleurs, dans un texte datant de 1975, qu'il lui avait été « impossible de relever un seul exemple significatif démontrant que, dans ses tentatives

---

23 Voir la jurisprudence mentionnée par Baudouin, *supra* note 15 à la p. 719 et s. et la conclusion à laquelle il arrive à la page 722, reprise par Glenn, *supra* note 9 à la p. 207. Voir aussi, Howes, *supra* note 14 à la p. 526. Voir par ailleurs, T. Rinfret, « Reciprocal Influences of the French and English Laws » (1926) 4 R. du B. can. 69, qui voyait une véritable réciprocité des influences des deux traditions, plus souvent dans l'adoption de lois réformées, et une communauté d'esprit entre les deux traditions.

24 Glenn, *supra* note 9 à la p. 207.

25 (1922), 64 S.C.R. 106.

26 (1863) 122 E.R. 309.

27 *Ibid.* à la p. 313.

28 Nous n'avons toutefois pas fait une recherche systématique répertoriant les arrêts du Conseil privé portant sur le droit québécois pour ensuite vérifier si l'un d'eux a été retenu comme précédent dans une décision de la Cour suprême du Canada dans une affaire de common law.

29 Voir H.P. Glenn, « Persuasive Authority » (1987) 32 R.D. McGill 261, sur la réception du droit français dans le droit anglais du XIX[e] siècle.

30 Nous notons avec intérêt les textes auxquels renvoie David Howes, de même que ses propos sur le dialogue et la réciprocité entre les traditions durant la période précédant la création de la Cour suprême du Canada dans : « From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 » *supra* note 14 à la p. 557. Il ressort toutefois de la doctrine en général que l'idée d'unification du droit était au cœur de l'entreprise de la Cour suprême du Canada. À cet égard, le dialogue entre traditions peut être mieux décrit comme un monologue, du moins jusqu'aux années 1950.

d'unification du droit, la Cour suprême ait fait sienne une solution du droit québécois et l'ait appliquée aux droits des autres provinces. »[31]

Cette absence de réciprocité apparente entre le droit civil québécois et la common law canadienne dans les jugements de la Cour suprême a suscité certaines réactions tant au sein de la Cour que chez les auteurs québécois.

B – Le mouvement d'affirmation du droit civil face à la common law

Le questionnement sur les rapports entre les deux traditions a surtout préoccupé la doctrine civiliste qui, durant une longue période, a défendu l'idée d'intégrité du droit civil, critiquant l'influence de la common law dans l'interprétation du droit civil québécois par les tribunaux[32]. Il n'est d'ailleurs pas surprenant que cette question n'ait pas préoccupé les juristes de common law. En effet, dans un mouvement d'unification du droit national au sein d'un pays lié à l'empire britannique, la reconnaissance et le rôle de la common law n'étaient aucunement menacés.

Pourtant, l'emprunt de solutions ou de modes d'analyse propres à un autre droit, qu'il soit de common law canadienne ou autre, ne peut qu'enrichir le droit récepteur. C'est ce que soulignait Jean-Louis Baudouin en parlant de l'interprétation du droit civil par la Cour suprême du Canada[33] et c'est d'ailleurs l'une des forces de l'analyse comparative du droit. Mais, au tournant du XX^{e} siècle, le problème d'emprunt de règles d'interprétation à la common law se posait alors de façon aiguë à l'égard du Code civil.

Dans la tradition civiliste, un code n'est pas un texte statutaire. Il ne ressemble non plus en rien à une codification administrative ou à une codification en matière pénale. Même si dans tous ces cas il s'agit d'un « [c]orps plus ou moins organique de normes explicites ou implicites qui servent à régler la conduite humaine »[34], un code civil a ceci de particulier : il agit comme fonds général applicable à toute les situations, à défaut de règles d'exception[35]. Il constitue le droit commun du droit civil québécois. Il a donc le même rôle que la common law, au sens des règles développées par les tribunaux. Il n'est en rien une loi particulière qui est une loi d'exception[36]. Ce statut qui

---

31 Baudouin, *supra* note 15 à la p. 719.

32 Voir p. ex., P.-B. Mignault, « Les rapports entre le droit civil et la "common law" au Canada, spécialement dans la province de Québec » (1932) 11 R. du D. 201. Pour un exposé sur ce mouvement d'opposition à la pollution du droit civil par la common law et au besoin de préserver l'intégrité du droit civil, voir S. Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32 R.D. McGill 559. Plus tard, d'autres auteurs allaient poursuivre la défense du droit civil face aux assauts de la common law : P. Azard, « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec » (1965) 43 R. du B. can. 553; J.-L. Baudouin, « Le *Code civil du Québec* : crise de croissance ou crise de vieillesse » (1966) 44 R. du B. can. 391; P.-A. Crépeau, « Les lendemains de la réforme du Code civil » (1981) 59 R. du B. can. 625.

33 Baudouin, *supra* note 15 aux pp. 716-17.

34 A.-J. Arnaud *et al.*, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{e} éd., Paris, L.G.D.J., 1993, « Code », par D. Carzo, à la p. 67. Pour une autre définition, voir Comité de rédaction, *Dictionnaire de droit privé*, 3^{e} édition [à paraître], *s.v.* « code » : « Ensemble de dispositions législatives fondamentales, destinées à présenter, d'une manière systématique et cohérente, les diverses matières qui font l'objet d'une branche importante du droit. » [ci-après *Dictionnaire de droit privé*].

35 Voir la définition de G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^{e} éd., Paris, P.U.F., 2000, *s.v.* « Code civil » et celle du *Dictionnaire de droit privé*, *ibid. s.v.* « Code civil » : « Code ayant vocation à régir l'ensemble des matières de droit civil. »

36 Pour une description générale de la spécificité des codes et de leur mode d'interprétation, voir J.-L. Bergel, « Spécificités des codes et autonomie de leur interprétation » dans Journées Maximilien-Caron 1992, *Le Nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993, 3; A.-F. Bisson, « Effet de codification et interprétation » (1986) 17 R.G.D. 359; P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^{e} éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 37-38.

caractérise les codes civils appartenait, sans nul doute, au *Code civil du Bas Canada*[37] et aurait dû voir une influence directe sur son interprétation[38].

Le statut même du Code comme texte fondateur du droit civil québécois était toutefois mal reconnu par la Cour suprême[39]. L'une des conséquences de cette méconnaissance du rôle d'un code civil a été que le *Code civil du Bas Canada* a souvent été interprété en regard de la règle de common law.

Une des difficultés qui se posaient était que le Code était interprété comme une loi ordinaire, un simple *statute*, par les juges de common law, qu'ils soient à la Cour suprême ou au Conseil privé. Les propos de Lord Summer sur l'interprétation des articles 1053 et 1054 du *Code civil du Bas Canada* dans *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* c. *Vandry*[40] en sont un exemple parfait. Préférant les autorités de droit anglais à celles du droit civil français, malgré la similarité des dispositions du *Code civil du Bas Canada* avec celles du *Code Napoléon*, il affirmait le caractère « statutaire » du Code :

> Natural as this may be, the statutory character of the Civil Code must always be borne in mind. "The connection between Canadian Law and French Law dates from a time earlier than the compilation of the Code Napoléon, and neither its text nor the legal decisions thereon can bind Canadian Courts or even affect directly the duty of Canadian tribunals in interpreting their own law": *Mcclaren* v. *Attorney-General for Quebec*. Thus, [...] "recent French decisions, though entitled to the highest respect [...] are not binding authority in Quebec" (*McArthur* v. *Dominion Cartridge Co.*) still less can they prevail to alter or control what is and always must be remembered to be the language of a Legislature established within the British Empire [nos soulignés][41].

La Cour suprême faisait siens ces propos dans *Town of Montreal West* c. *Hough*[42], avec le résultat que l'interprétation des termes « père, mère et enfants » de l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada*[43] s'est faite non pas selon l'économie générale du Code mais au regard de la common law. En voyant la disposition comme une codification d'une loi canadienne inspirée du *Lord Campbell's Act* anglais, la Cour a considéré que leur sens devait être évalué selon le sens des termes « père, mère et enfants » établi par la jurisprudence de common law, en raison de l'origine anglaise de la règle[44]. De plus, compte tenu du fait que le Code ne prévoyait pas de définition

---

37 Voir Bisson, *ibid.* à la p. 361; J.E.C. Brierley, « Quebec's "Common Laws" (droits communs) : How Many Are There? » dans Caparros et al., *supra* note 9, 109 à la p. 122 et s. et, surtout, J.-M. Brisson, « Le Code civil, droit commun? » dans Le Nouveau Code civil : interprétation et application, *supra* note 36, 293 à la p. 296 et s.

38 Voir, sur la différence entre l'interprétation en système de droit civil et en système de common law, A.-F. Bisson, « Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions » (1992) 23 R.D.U.S. 1 à la p. 8 et s. Voir toutefois, Côté, *supra* note 36 aux pp. 35-36.

39 Voir, sur les réactions de la doctrine face à l'« interprétation » par les tribunaux du *Code civil du Bas Canada*, Normand, *supra* note 32; S. Parent, *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, Montréal, Thémis, 1997 à la p. 114 et s.

40 [1920] A.C. 662.

41 *Ibid.* aux pp. 671-72.

42 [1931] R.C.S. 113 à la p. 121. Ce n'était toutefois pas la première fois que la Cour suprême affirmait le caractère « statutaire » du Code civil : p. ex., *Lamontagne* c. *Quebec Railway Light, Heat and Power Co.* (1915), 50 R.C.S. 423 à la p. 427.

43 Il convient de noter que les termes « père, mère et enfants » utilisés dans le texte français de l'article 1056 *C.C.B.C.* ont été remplacés en 1930 (L.Q. 1930, c. 98, art. 1) par les termes « ascendants et descendants », correspondant aux termes « ascendant and descendant relations » déjà utilisés dans le texte anglais. Il est intéressant de noter que ce même article a été modifié en 1970 (L.Q. 1970, c. 62, art. 11), pour y ajouter un alinéa afin d'y inclure les enfants naturels.

44 Pour plusieurs, l'origine de l'article 1056 n'est pas si claire. De plus, l'importation du droit anglais dans l'interprétation de cet article a eu pour effet de favoriser une approche qui était fondamentalement en contradiction avec l'ouverture du droit civil à reconnaître le préjudice moral en cas de décès. Voir Baudouin, *supra* note 15 à la p. 732 et s. Voir aussi, pour une présentation détaillée et critique de la jurisprudence et de la doctrine en ce qui concerne cet article, J.-S. Poirier, « Autopsie d'une disposition disparue; l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada* et le solatium doloris » (1995) 29 R.J.T. 657.

particulière de ces termes applicables à l'ensemble du Code, on devait alors se conformer à la définition de droit commun établie par la common law.

Il est vrai que même interprétés au regard du seul droit civil, ces termes n'auraient pas inclus les enfants illégitimes dans la catégorie des descendants ou des enfants. Toutefois, malgré la similarité de la portée des termes « père, mère et enfants » en droit civil et en common law en ce qui a trait à l'exclusion des enfants illégitimes, le recours au droit anglais et l'interprétation des dispositions du Code comme des dispositions d'exception à la common law ont des effets insidieux.

En considérant le Code civil comme une simple loi particulière, une interprétation restrictive de ses dispositions est favorisée et, surtout, le Code civil n'est pas perçu comme l'expression du droit commun du droit civil québécois. De plus, en voyant le Code comme l'expression d'une même intention législative utilisant un même langage, qu'il s'agisse de droit civil ou de common law, le style du droit civil, son expression, son organisation sont alors assimilés à ceux de la common law. De tels propos opèrent en quelque sorte une négation de la dualité juridique établie par l'*Acte de Québec de 1774* et par la *Loi constitutionnelle de 1867*, en considérant que le législateur, lié à l'empire britannique, ne peut avoir qu'une seule voix, celle de la common law.

Une autre difficulté d'interpréter le droit civil en regard de la règle de common law réside dans le recours indu aux précédents ou aux autorités de droit anglais, qui diffèrent des autorités du droit civil[45]. Ce recours au précédent peut découler de l'interprétation du Code comme une loi d'exception ou, encore, du fait que l'on considérait que la règle contenue dans une disposition du Code constituait un emprunt au droit anglais. Dans ce dernier cas, il était courant de croire qu'en cas d'ambiguïté, la disposition devait s'interpréter à l'aide des autorités anglaises[46]. C'est ce qui a été fait dans *Town of Montreal West* c. *Hough*[47], de même que dans *Renaud* c. *Lamothe*[48]. Dans d'autres cas, la similitude entre les règles du droit civil et celles de la common law quant aux solutions adoptées favorisait l'importation de précédents dans les motifs du jugement, sans pour autant que ne soit considérée la confusion entre les sources et les méthodes de la common law et celles du droit civil[49].

Une réflexion sur ces différentes manifestations de la relation entre le droit civil et la common law appuie l'idée selon laquelle l'enrichissement d'une tradition ne peut se faire par voie d'assimilation, au détriment des sources locales[50]. La reconnaissance du rôle d'une tradition donnée dans la formation de l'identité culturelle est essentielle à l'établissement d'un rapport. Le respect d'une tradition se place à cet égard au même titre que la langue[51] et c'est en grande partie en

---

45 Voir, sur l'autorité du précédent et le problème de qualification des autorités au regard des deux traditions, A. Mayrand, « L'autorité du précédent au Québec » dans J.-L. Baudouin *et al.*, dir., *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Thémis, 1995, 259 à la p. 261; Parent, *supra* note 39 aux pp. 163-64.

46 L'interprétation du Code civil selon les sources propres au droit d'origine de la disposition du Code a été proposée par F.P. Walton. Il la proposait comme sa douzième règle d'interprétation dans *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907 à la p. 130. Elle était énoncée en ces termes : « When a provision is derived from the French law it is to be interpreted by reference to French authorities, and when it is derived from the English law by reference to English authorities. »

47 [1931] S.C.R. 113.

48 *Supra* note 18.

49 P. ex., les autorités citées par le juge Strong dans *Drysdale* c. *Dugas* (1895), 26 S.C.R. 20 à la p. 21 et s.; celles citées par le juge Anglin dans *Colonial Real Estate Co.* c. *Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal* (1918), 57 S.C.R. 585 à la p. 590 et s. [ci-après *Colonial Real Estate*].

50 Voir Baudouin, *supra* note 15 à la p. 726.

51 Voir, sur le caractère essentiel de la langue dans le développement de l'être humain et son rapport à la collectivité, *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 744.

raison de la défense de cette identité que le mouvement d'affirmation de l'autonomie du droit civil s'est développé.

L'enrichissement d'une tradition par le contact avec les autres suppose en effet la reconnaissance de cette tradition comme étant sinon l'égale de l'autre, du moins comme constituant une tradition fondée sur un système complet par lui-même. Cet enrichissement exige aussi que l'intégration des emprunts au droit étranger se fasse dans le respect de l'organisation et des principes généraux du droit récepteur. C'est un peu pour cette raison que les réactions face aux jugements de la Cour suprême du Canada interprétant le droit civil avec les règles de common law ont été si nombreuses. La crainte de la force assimilatrice de la culture civiliste par celle de common law a ainsi largement contribué au mouvement de défense de l'intégrité du droit civil[52] dont l'un des piliers a été Mignault, lui-même juge à la Cour suprême[53].

À maintes reprises, Mignault a répété dans ses jugements l'autonomie du droit civil en tant que système et le fait que chacun des systèmes doit être abordé selon ses propres règles[54]. L'une des décisions marquantes sur ce point est *Desrosiers* c. *The King*[55], dans laquelle Mignault affirmait cette idée et soulignait le fait qu'il n'existe aucune raison d'importer le droit étranger, et plus particulièrement les précédents de droit anglais en raison du seul fait que les règles du droit civil étaient en accord avec celles de common law :

> Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait en accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, et surtout en matière de mandat, le code civil et la *common law* contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raisons citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière[56].

Mignault avait tenu des propos similaires dans *Colonial Real Estate Co.* c. *Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal*[57] et allait, dans *Mile End Milling Co.* c. *Peterborough Cereal Co.*[58], affirmer le besoin de conserver l'intégrité du droit civil en soulignant son regret face à la pratique des avocats de soumettre des autorités tirées de la common law.

Certains ont reproché à Mignault une attitude de repli sur soi en ce qui a trait au rapport que doit entretenir le droit civil avec la common law. L'image de la « cloison étanche et infranchissable

---

52 Voir, pour une description « [d]es motivations et [d]es appréhensions principales qui ont fait de la sauvegarde de l'intégrité du droit civil un thème dominant de la doctrine de l'époque [1922-1939] » (pour reprendre la présentation faite par l'auteur de son étude), S. Normand, *supra* note 32.

53 Voir Howes, *supra* note 14, pour une description de l'idéologie de Mignault sur les rapports entre traditions alors qu'il était juge à la Cour suprême du Canada.

54 P. ex., *Colonial Real Estate*, *supra* note 49 à la p. 603; *Mile End Milling Co.* c. *Peterborough Cereal Co*, [1924] R.C.S. 120 à la p. 129.

55 (1920), 60 R.C.S. 105. Il est intéressant de noter deux des mots clés sous lesquels la cause est répertoriée : *civil law cases* et *English decisions*. Ceux- ci sont révélateurs de l'importance de la question de l'usage des précédents anglais dans l'interprétation du droit civil québécois.

56 *Ibid.* à la p. 126. Il est intéressant de noter que Mignault n'était pas seul à fonder sa décision sur le droit civil en précisant qu'on ne devait pas importer le précédent de common law. Les juges Anglin et Brodeur étaient du même avis.

57 *Colonial Real Estate*, *supra* note 49 à la p. 603.

58 *Supra* note 54 à la p. 129.

sépar[ant] les deux grands systèmes juridiques »[59], tirée de l'un de ses textes, a souvent été citée comme une manifestation de ce repli et une fermeture à l'analyse comparative du droit et au dialogue entre les traditions[60]. Il faut toutefois replacer cette image dans son contexte pour en comprendre mieux la portée. L'image de la cloison concernait les cas où le texte du Code civil prévoyait le principe applicable à une situation donnée. Ainsi, disait-il, « [u]ne solution de la *common law* qui ne peut se concilier avec le texte du Code est condamnée d'avance. De ce côté, la porte est close contre toute pénétration. »[61] L'image de la cloison ne décrit donc pas une fermeture à l'analyse comparative mais plutôt une protection contre l'assimilation d'une tradition par l'autre ou l'immixtion ou l'absorption de l'une au profit ou au détriment de l'autre. Mignault n'excluait d'ailleurs pas les bienfaits de l'analyse comparative et la pertinence du recours au droit étranger lorsqu'une solution nouvelle devait être développée, plus particulièrement dans le cadre du processus de réforme des lois. Son idée maîtresse demeurait toutefois celle d'affirmer l'autonomie intrinsèque du droit civil, sa complétude par rapport à la common law.

Au cours de son séjour à la Cour suprême et par ses publications subséquentes, Mignault a réussi à favoriser l'idée selon laquelle il existe une pensée purement civiliste. Collaborateur à la Revue du droit, il n'était pas seul parmi les juristes québécois à défendre l'idée de la protection de l'intégrité du droit civil, mais son apport au développement du droit civil en tant que droit autonome est incontestable. Dans un tour d'horizon des années Mignault, J.-G. Castel affirmait que « [s]ous sa direction, la Cour suprême allait dorénavant appliquer plus strictement les principes et les méthodes du droit civil dans son interprétation du Code civil de la province de Québec. »[62] Mais la marque qu'a laissée Mignault dans l'interprétation des rapports entre droit civil et common law dans un contexte de droit national n'a pu toutefois prendre pleinement son ampleur avant l'abolition des appels au Conseil privé en 1949.

Jusqu'à l'abolition des appels au Conseil privé en matière civile, le rapport de force dans la relation entre la common law et le droit civil allait nécessairement demeurer inégal. Malgré le fait que le droit civil n'était pas complètement étranger au Conseil privé en raison des causes en provenance de l'Écosse et de la présence de lords écossais sur certains panels, de façon générale, la règle du précédent était favorisée, y compris en ce qui avait trait aux causes en provenance du Québec[63]. D'ailleurs, tant que la Cour suprême n'est pas devenue le dernier tribunal d'appel pour le Canada, elle s'est sentie liée par les précédents du Conseil privé[64].

Même Mignault, malgré ses nombreuses affirmations concernant la complétude du système civiliste et sa pleine autonomie au regard de ses modes de raisonnement et de ses sources, se sentait lié par les précédents du Conseil privé. Étonnamment, dans *Canadian Vickers Ltd.* c. *Smith*[65], Mignault a offert des motifs fondés sur le précédent établi dans *Quebec Railway, Light,*

---

59 Mignault, *supra* note 32 à la p. 206; P.-B. Mignault, « Le Code civil de la province de Québec et son interprétation » (1936) 14 R. du D. 583.

60 Voir p. ex., Howes, *supra* note 14 à la p. 546 et s.

61 Mignault, *supra* note 32 à la p. 206.

62 J.-G. Castel, « Le juge Mignault défenseur de l'intégrité du droit civil québécois » (1975) 53 R. du B. can. 544 à la p. 544.

63 P. ex., voir l'usage du précédent dans *Porteous* c. *Reynar* (1887), 9 A.C. 356. D'ailleurs, même le juge Mignault se sentait lié par les décisions du Conseil privé. Voir p. ex., *Canadian Vickers Ltd.* c. *Smith*, [1923] S.C.R. 203.

64 Voir, sur cette question, Mayrand, *supra* note 45 à la p. 264 et s.

65 *Supra* note 63 à la p. 211 et s.

Heat and Power Co. c. *Vandry*[66] et *Watt & Scott Case*[67] et l'a suivi. Il vaut la peine de reprendre les propos de Mignault :

> In the *Watt & Scott Case*, their Lordships explained the meaning of their decision in the *Vandry Case*, and these two decisions should be read together. It is therefore authoritatively determined that article 1054 establishes, for damages caused by a thing which a person has under his care, a liability which is defeasible only by proof of inability to prevent the damage[68].

Ce qui est surprenant toutefois dans les motifs du juge Mignault est que, dans la décision *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* c. *Vandry*[69], le Code civil a été considéré comme une simple loi. Le Conseil privé avait adopté un mode de raisonnement étranger à la tradition civiliste en ce qui a trait à l'interprétation d'un code civil en le considérant comme un droit d'exception par rapport à la règle de common law.

Mais comme le disait Albert Mayrand en parlant de la force du précédent du Conseil privé durant la période coloniale de la Cour suprême, les décisions du Conseil privé s'imposaient non en raison de leur autorité persuasive, mais par leur force contraignante en leur qualité de précédent[70].

Par ailleurs, bien qu'il existe quelques exemples où la règle de droit civil a été appliquée en tant que telle par le Conseil privé, il allait de soi, dans un contexte colonial, que les tribunaux interprètent le droit au regard de la législation impériale et en assurent la conformité avec celle-ci[71]. Cette situation avait pour effet de limiter le développement, au sein même de la Cour suprême du Canada, d'une ouverture face à la reconnaissance des caractères distinctifs des deux traditions, dont leurs méthodes d'interprétation respectives et le rôle particulier du Code civil dans le corpus législatif québécois.

À la suite de l'abolition des appels au Conseil privé, la Cour suprême du Canada devient finalement une véritable cour de dernier appel pour le Canada[72] et peut adopter ses propres orientations. Elle l'a d'ailleurs fait en matière de libertés civiles[73]. L'idée d'une interprétation du droit compatible au droit de la métropole n'étant plus formellement présente, il devient aussi plus facile d'adopter une ouverture plus grande face à la spécificité du droit civil québécois. La largesse des règles de la responsabilité civile « délictuelle » en droit civil québécois par l'application de l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* a été utilisée, dans ce même courant de reconnaissance des libertés civiles par la Cour suprême, afin de fonder une action en dommages-intérêts pour des atteintes à des droits fondamentaux[74].

---

66 *Supra* note 40.

67 [1922] 2 A.C. 555.

68 *Canadian Vickers*, *supra* note 63 aux pp. 211-12.

69 *Supra* note 40.

70 Mayrand, *supra* note 45 à la p. 264.

71 Voir *Robins* c. *National Trust Company Ltd.*, [1927] A.C. 515, sur l'autorité du précédent des décisions du Conseil privé et du House of Lords à l'égard du droit des colonies appliquant le droit anglais. Voir aussi *Trimble* c. *Hill* (1879) 5 A.C. 342 à la p. 344.

72 S.C. 1949, c. 37, art. 3. Voir, sur l'abolition des appels au Conseil privé et pour une description des circonstances ayant mené à l'affranchissement de la Cour suprême du Canada, B. Laskin, « The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians » (1951) 29 R. du B. can. 1038; Snell et Vaughan, *supra* note 10 à la p. 171 et s.

73 Voir G.A. Beaudoin, « La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux » (1975) 53 R. du B. can. 675; D. Gibson, « And One Step Backwards: The Supreme Court and Constitutional Law in the Sixties » (1975) 53 R. du B. can. 621; W.S. Tarnapolsky, « The Supreme Court of Canada and the Canadian Bill of Rights » (1975) 53 R. du B. can. 649.

74 Voir p. ex., *Chaput* c. *Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Roncarelli* c. *Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Lamb* c. *Benoît*, [1959] R.C.S. 321.

Les questionnements et les critiques sur les rapports entre le droit civil et la common law tels qu'ils apparaissent des décisions de la Cour suprême ont favorisé le développement, par les auteurs et les juges, d'une conscience du droit civil comme un droit différent de la common law et permis, dans une certaine mesure, de favoriser la construction des fondations d'un droit civil autonome et moderne. La nouvelle liberté judiciaire de la Cour suprême du Canada favorisera aussi une plus grande reconnaissance de cette autonomie et une meilleure articulation des rapports entre les deux traditions telles qu'elles interagissent au Canada.

II – L'égale reconnaissance du droit civil et de la common law

Si pour certains l'acquisition d'une autonomie du droit civil devant la Cour suprême s'est faite au début du siècle alors que Mignault y siégeait, pour d'autres, il a fallu attendre les années 1950 pour que celle-ci se concrétise[75]. En effet, la nouvelle liberté de la Cour suprême du Canada et les affirmations nombreuses concernant l'intégrité du droit civil dans certains jugements et dans les commentaires de la doctrine ne pouvaient à elles seules suffire à l'acquisition d'une autonomie du droit civil face à la common law.

La véritable reconnaissance de l'autonomie du droit civil face à la common law ne deviendra possible qu'avec la prise de conscience de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law, qui se traduira devant la Cour suprême du Canada par le rejet de la common law et de ses précédents comme source du droit civil québécois (A). Dès lors, devant une autonomie reconnue et, du même coup, une identité propre au droit civil, l'égale reconnaissance des traditions devient possible. Devant la Cour suprême, cette égale reconnaissance des traditions se traduit dans la confirmation des rapports de complémentarité entre le droit civil et le droit fédéral, fondée sur l'absence d'une common law fédérale générale (B).

A – La prise de conscience de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law

Le problème de la confusion dans les sources formelles du droit civil québécois ne sévissait pas seulement au sein de la Cour suprême mais aussi dans la pratique du droit où les juges des tribunaux inférieurs et les praticiens utilisaient régulièrement le précédent de common law. De plus, les règles contenues dans les lois particulières québécoises s'articulaient mal autour du corps central du droit civil québécois : le Code civil. Les règles contenues dans les lois particulières étaient rédigées sans toujours tenir compte des règles du Code civil, voire même en les contredisant, rendaient confus le rapport entre les différentes règles du droit civil québécois, tant en ce qui a trait au vocabulaire qu'à l'interprétation.

C'est ainsi qu'à quelques dix années près de l'indépendance des tribunaux canadiens face au Conseil privé, on faisait procéder, au Québec, à la révision du Code civil. Dès 1955, l'Office de révision du Code civil était créé. Contrairement au mandat des codificateurs du Code de 1866, qui était de réduire en un code le droit alors en vigueur en vue de favoriser une plus grande certitude du droit, le mandat de l'Office était général. Aucune directive concernant l'esprit de la réforme, l'orientation des travaux ou leur ampleur n'était donnée dans le mandat des réviseurs[76]. Par contre, la révision entamée en 1955 et achevée en 1978 a été une véritable révision du droit. Le Code de 1866 était devenu un « symbole non plus de permanence, mais d'immobilisme, la manifestation

---

75 Voir Glenn, *supra* note 9 à la p. 210 et les textes cités par l'auteur.

76 P.-A. Crépeau, « Préface » dans Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, xxv à la p. xxv.

d'une conception statique, voire stagnante, d'un certain ordre social. »[77] L'esprit adopté par les réviseurs pour la réforme en fut un de modernisation du droit en vue de l'adapter aux nouvelles réalités économiques et sociales d'une société en pleine évolution.

S'ajoutant au besoin de mettre fin à cet immobilisme, il y avait aussi, dans les travaux de l'Office, l'idée de « maintenir vivant le système civiliste »[78]. Bien que reconnaissant qu'il n'appartenait pas aux tribunaux « d'assurer l'évolution systématique et coordonnée des règles de droit »[79], le souci de redresser les torts causés par les décisions judiciaires qui s'étaient imposées en autorité occupait quand même l'esprit des réviseurs. Face aux assauts du législateur et des tribunaux sur la cohérence interne du droit civil, il fallait redresser le tir afin d'assurer « l'unité organique du droit civil »[80].

On trouve donc dans les travaux de révision de l'O.R.C.C. un même souci de sauvegarde de l'intégrité du droit civil que celui qui animait Mignault, bien que plus ouverts sur les solutions étrangères. Ces travaux et le rapport qui a suivi ont eu un impact important sur la prise de conscience collective de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law et ont favorisé l'arrivée à maturité du droit québécois dans ses rapports avec d'autres droits, autant avec la common law qu'avec le droit civil français[81]. Ce contexte général de réflexion collective sur le droit civil au Québec a certainement favorisé l'évolution des perceptions sur la place et les particularités du droit civil devant la Cour suprême du Canada.

Dans ce contexte de prise de conscience collective et suivant le sillon tracé par Mignault, la Cour suprême du Canada s'est ouverte aux sources du droit civil et les a reconnues, en mettant de côté l'idée d'unifier le droit canadien par la common law. H. Patrick Glenn décrivait ce changement en ces termes :

> Depuis au moins le milieu du siècle, il est devenu clair que la Cour suprême a renoncé définitivement à l'idée de l'unification nationale du droit et à l'idée que la comparaison des droits doit servir à la construction de nouvelles règles, exclusives et impératives. Ce changement s'est effectué d'abord par une revalorisation des sources du droit civil, notamment de la doctrine québécoise et française, et par une reconstruction de l'impossibilité d'écarter systématiquement tout un *corpus* de règles dont la qualité et la cohérence ne souffrent en rien d'une comparaison avec la common law.[82]

L'on constate en effet, à la lecture de la doctrine et à la consultation des travaux de l'Office de révision du Code civil, que la doctrine française et la doctrine québécoise prennent de plus en plus de place dans l'interprétation du droit civil québécois[83]. Le mouvement vers une utilisation plus répandue des sources du droit civil pour interpréter le droit civil se répercute dans les jugements. Si la common law jouait souvent à titre de droit supplétif[84], que ce soit en matière d'interprétation des lois fédérales ou québécoises et même du *Code civil du Bas Canada*, et que celui-ci était parfois

---

77 *Ibid.* à la p. xxvii.

78 *Ibid.* à la p. xxx.

79 *Ibid.* à la p. xxviii.

80 *Ibid.* à la p. xxx.

81 Voir, sur les différentes périodes d'influence de la common law et de la doctrine française sur le droit civil québécois, P.-G. Jobin, « Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation » (1997) 38 C. de D. 475.

82 Glenn, *supra* note 9 à la p. 211.

83 Sur l'influence de la doctrine française au Québec, voir P.-G. Jobin, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents » dans H.P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 91.

84 Baudouin, *supra* note 15 à la p. 723.

considéré comme un simple « statut »[85], la situation a clairement changé. Les sources du droit civil y sont de plus en plus souvent retenues comme fondement d'une décision dans l'interprétation du droit civil québécois[86], même si l'on trouve encore à cette époque des jugements de la Cour suprême dans lesquels le précédent de common law est utilisé[87].

Le mouvement de dissociation du droit civil de la common law quant aux sources et aux méthodes d'interprétation a été lent. Le cheminement par lequel la complétude du système de droit civil québécois et la cohérence interne du Code civil ont été affirmées peut être mis en lumière par l'évolution qu'a subie la reconnaissance du *solatium doloris* en droit civil devant la Cour suprême.

En 1887, dans *Canadian Pacific Railway Co.* c. *Robinson*[88], la Cour suprême du Canada refusait d'accorder des dommages-intérêts pour *solatium doloris*. Développant la thèse selon laquelle l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada* constituait une codification d'une loi canadienne calquée sur la *Lord Campbell's Act*[89], la Cour suprême refusait la compensation pour les douleurs dues au décès d'un proche. Comme la disposition du Code semblait être calquée sur une loi canadienne antérieure à 1866, s'appliquant tant au Bas-Canada qu'au Haut-Canada, la règle, selon la Cour, devait être uniforme dans son application. D'origine anglaise, elle devait s'interpréter selon le droit anglais. Comme le droit anglais n'admettait pas la compensation du *solatium doloris*, l'article 1056 ne pouvait non plus ouvrir cette voie.

Portée en appel devant le Conseil privé[90], celui-ci n'allait mentionner la question du *solatium doloris* qu'en *obiter*. Le Code devait être interprété selon ses termes, sans avoir recours à des lois préexistantes. Le Conseil privé soulignait que l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada* différait substantiellement de loi canadienne de 1859, qui calquait les termes du *Lord Campbell's Act*[91]. Selon le Conseil privé, l'application de loi canadienne n'était pas uniforme. Sa portée était différente pour les deux provinces auxquelles elle s'appliquait, le Haut et le Bas-Canada. Elle avait pour effet de restreindre la règle du droit civil en limitant la qualité des personnes qui pouvaient poursuivre. Par ailleurs, elle avait pour effet de créer un nouveau droit d'action, jusqu'alors inexistant en common law, de manière à atténuer la rigidité d'une règle judiciaire de common law. Quelques années plus tard, le Conseil privé réitérait, dans *Miller* v. *Grand Trunk Railway Co.*[92], les propos qu'il avait tenus dans *Robinson*.

L'*obiter* est intéressant à plusieurs égards. Dans un premier temps, il affirme la spécificité du *Code civil du Bas Canada* puis, dans un second, il reconnaît l'application différente d'une même loi compte tenu du fait que celle-ci se greffe au corpus de règles du droit civil ou de la common law.

De manière assez surprenante, les décisions subséquentes de la Cour suprême du Canada n'ont pas tenu compte des commentaires du Conseil privé sur l'interprétation de l'article 1056. La

---

85 P. ex., *Lamontagne* c. *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* (1915), 50 R.C.S. 423 à la p. 427; *Robert* c. *Montreal Trust Co.* (1917), 56 R.C.S. 342 à la p. 363; *Town of Montreal West* c. *Hough*, [1931] R.C.S. 113 aux pp. 120-21.

86 P. ex., *Eaton* c. *Moore*, [1951] S.C.R. 470.

87 P. ex., *Parent* c. *Lapointe*, [1952] R.C.S. 376; *Chaput* c. *Romain*, *supra* note 74; *Griéco* c. *Externat Classique Ste-Croix*, [1962] R.C.S. 519.

88 *Supra* note 13.

89 *Ibid.* à la p. 116.

90 *Canadian Pacific Railway* c. *Robinson*, [1892] A.C. 481 (P.C.).

91 *Ibid.* à la p. 487.

92 [1906] A.C. 187 (P.C.) à la p. 195.

Cour suprême a continué d'appliquer la règle qu'elle avait établie dans *Robinson*[93]. Pourtant, les tribunaux inférieurs québécois favorisaient largement la reconnaissance du *solatium doloris* et l'interprétation large du Code civil, contournant l'application de la règle établie dans *Robinson*[94]. Compte tenu de l'orientation adoptée par la Cour suprême, la jurisprudence était toutefois partagée. Il a fallu attendre l'affaire *Pantel* c. *Air Canada*[95], pour que soit rétablie, devant la Cour suprême, l'interprétation de l'article 1056 au regard du droit civil.

Dans *Pantel*, le juge Pigeon, au-delà de retracer les origines de l'article 1056, cite les commentaires des Lords dans *Robinson*[96] et dans *Miller*[97]. Il poursuit, en se fondant sur les décisions du Conseil privé, en dissociant l'article 1056 du *Lord Campbell's Act* :

> Il faut donc interpréter l'art. 1056 *C.C.* non pas comme la reproduction d'une loi d'inspiration anglaise, mais comme un texte nouveau faisant partie de la codification d'un droit dont certains principes fondamentaux diffèrent radicalement de ceux de la *common law* en regard desquels la *Lord Campbell's Act* a été rédigée. [...] Ce qui existe depuis 1867 est un code dont les dispositions sur ce sujet doivent être interprétées en regard de l'ensemble dont il fait partie. Parmi les principes fondamentaux de cet ensemble qui diffèrent fondamentalement de ceux de a *common law*, il faut signaler l'absence de l'axiome *actio personalis cum persona moritur*.[98]

La décision dans *Pantel* a marqué une nouvelle ère dans l'interprétaton du *Code civil du Bas Canada* en ce qui a trait au besoin d'interpréter ses dispositions selon la logique interne du Code et au regard des autres dispositions du Code. Comme le soulignait un auteur en ce qui a trait à l'importation d'une règle de droit anglais, « même si c'est le droit anglais qui est retenu, cela ne veut pas automatiquement dire que son principe de réparation passe dans notre droit en même temps que la disposition elle-même. »[99] En effet, si la règle est d'origine étrangère, son importation n'emporte pas intégration de l'ensemble du régime juridique attaché à cette règle. Celle-ci doit se greffer à un corpus de règles déjà existantes dans le droit récepteur. Dans le cas de l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada*, il s'agissait du régime de responsabilité civile prévu dans le Code. Pour la loi canadienne calquée sur la *Lord Campbell's Act*, il s'agissait du droit de la responsabilité en vigueur avant la codification, qui était un droit d'origine française.

Pourtant, la question de l'interprétation de l'article 1056 a dû être de nouveau posée devant la Cour suprême dans *Augustus* c. *Gosset*[100], afin d'établir, une fois pour toutes, la reconnaissance du *solatium doloris* et, surtout, la mesure de la compensation sous ce chef de dommages. Madame le juge L'Heureux-Dubé y précise les distinctions entre le droit civil et la common law en ce qui a trait au préjudice moral et souligne la « spécificité de la tradition juridique du Québec »[101].

L'impact de la décision dans *Gosset* est limité dans la mesure où le *Code civil du Québec* n'a pas repris l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada*, préférant s'en remetre à l'énoncé de principe

---

93 Voir les arrêts cités par J.-S. Poirier, *supra* note 44 aux pp. 670-72.

94 Voir A. Mayrand, « Les chefs d'indemnité en cas d'accident mortel » (1967-1968) 9 C. de D. 639 aux pp. 663-64; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 5e éd., Cowansville (QC), Yvon Blais, 1998, n° 394 à la p. 259.

95 [1975] 1 R.C.S. 472 [ci-après *Pantel*].

96 *Supra* note 90.

97 *Supra* note 92.

98 *Pantel*, *supra* note 95 à la p. 478.

99 Poirier, *supra* note 44 à la p. 666.

100 [1996] 3 R.C.S. 268.

101 *Ibid.* à la p. 288.

général en matière de responsabilité civile. Toutefois, avec l'arrêt *Gosset*, le rejet du précédent anglais, tout comme l'idée d'une cohérence interne au droit civil, sont clairement établis. La logique du droit civil comme celle de la common law en matière de responsabilité civile sont clairement scindées. Il existe entre les deux traditions des principes différents qui, appliqués aux mêmes questions, résultent en des solutions différentes, chacune des traditions ayant sa spécificité.

Cette évolution de la reconnaissance du *solatium doloris* en droit québécois est un reflet de la consécration tardive de la spécificité du droit civil devant la Cour suprême. En effet, même dans les années 1980, certains préconisaient toujours la création d'une chambre civiliste pour la Cour suprême[102]. En effet, ce n'est que vers la fin des années 1970[103] qu'un véritable questionnement a eu lieu en ce qui a trait aux emprunts des catégories et des précédents de common law et, même à ce moment, la dissociation des traditions était l'objet d'hésitations concernant les emprunts des catégories de common law dans l'interprétation du droit civil.

Ces hésitations se sont manifestées en matière de *trespass* (empiétement ou intrusion), même si en cette matière, la Cour suprême n'est pas tombée dans le jeu de l'assimilation des traditions malgré la fréquence du recours à certaines notions de common law devant les tribunaux inférieurs[104]. Selon Albert Mayrand, « la confusion entre la règle de common law et celle du droit civil [était, au début des années soixante] un fait relativement récent dans la jurisprudence des tribunaux québécois. »[105] Quant à la Cour suprême, malgré des références nombreuses dans quelques arrêts à des décisions de common law en matière de *trespass*[106], elle n'aurait jamais appliqué de façon directe la théorie du *trespass* en droit civil québécois. Sans pour autant imposer la doctrine du *trespass* au droit civil, les références et les propos de la Cour ne permettaient toutefois pas d'y voir une dissociation entre la théorie du *trespass* de la common law et les circonstances propres à l'établissement de la responsabilité civile en droit civil. Lorsque les circonstances pouvaient donner lieu à des distinctions propres à la common law, à savoir si la victime était un *invitee*, *licensee* ou *trespasser* sur la propriété du défendeur, la Cour n'a pas exclu l'application des distinctions en droit civil.

Les premiers commentaires de la Cour suprême du Canada portant sur l'application de ces distinctions en droit civil ont été faits par le juge Beetz dans l'affaire *Hamel* c. *Chartré*[107]. Les propos qu'il tenait dans ses motifs n'indiquaient toutefois pas une exclusion claire de la théorie du *trespass* en droit civil. Étant d'accord avec la conclusion à laquelle était arrivé le tribunal de première instance — la présence de la victime sur le terrain du défendeur était justifiée —, il considérait qu'il n'était alors pas nécessaire de se prononcer sur la question de l'application du *trespass*. Il avança toutefois un doute quant à l'application des distinctions entre *invitee*, *licensee* et *trespasser* en droit civil[108].

---

[102] Voir Crépeau, *supra* note 32 aux pp. 633-34.

[103] Notons que l'affaire *Pantel*, *supra* note 95, date de 1975.

[104] Voir les décisions citées dans A. Mayrand, « À quand le trépas du "trespasser"? » (1961) 21 R. du B. 1.

[105] *Ibid.* à la p. 17.

[106] Les arrêts cités par Mayrand, *ibid.* à la p. 20, sont les suivants : *Cité de Verdun* c. *Yeoman*, [1925] R.C.S. 177; *Canadian National Railways* c. *Lepage*, [1927] R.C.S. 575; *Ouellet* c. *Cloutier*, [1947] R.C.S. 521; *Canadian National Railway* c. *Lancia*, [1949] R.C.S. 177.

[107] [1976] 2 R.C.S. 680.

[108] *Ibid.* à la p. 688.

Ce n'est qu'en 1982, dans *Rubis* c. *Gray Rocks Inn Ltée*[109], que l'exclusion du *trespass* en droit civil québécois a été clairement confirmée par la Cour suprême. Le juge Beetz y précisait qu'il était dorénavant convaincu que les catégories du *trespass* ne s'appliquaient pas en droit civil québécois :

> [J]e n'éprouve plus de doute et je suis d'avis que c'est une erreur d'invoquer en droit civil ces catégories de la *common law* [*invitee*, *licensee*, *trespasser*]. Elles dérogent à la généralité de l'art. 1053, ne tiennent pas compte de la présomption de l'art. 1054 et des particularités de l'art. 1055 et on ne peut pas être assuré qu'elles conduisent nécessairement au même résultat que les principes du droit civil[110].

Le *trespass* avait finalement trépassé. Mais, au-delà du rejet du *trespass*, le juge Beetz réaffirme, en les citant[111], les propos que tenait Mignault dans *Desrosiers* c. *King*[112] quant au rejet du précédent de common law dans l'interprétation d'une disposition du Code civil et à la complétude du système civiliste.

Aussi, en matière testamentaire, là où le droit anglais a eu une influence certaine par la contribution de la liberté testamentaire, la Cour suprême a longtemps interprété les dispositions du Code selon le droit anglais[113]. La conception et la portée de la liberté testamentaire étant essentiellement anglaises, les praticiens et les tribunaux avaient généralement recours au droit anglais dans les matières relevant de l'exercice de la liberté de tester, que ce soit en matière de capacité ou de consentement. Pourtant, pour les mêmes raisons que celles que nous avions soulignées en matière de compensation pour *solatium doloris*, ce n'est pas parce qu'une règle est importée du droit de common law que, du même coup, tout le régime juridique qui s'y rattache s'impose dans le droit civil, surtout lorsque le système récepteur a ses propres règles générales qui peuvent régir les questions accessoires qui relèvent d'autres institutions du droit. Sur une question portant sur la captation en matière testamentaire, le juge Beetz, dans *Corporation municipale des Cantons Unis de Stoneham et de Tewkesbury* c. *Ouellet*[114], abordait directement la question du lien entre le droit civil et la common law en cette matière, rejetant le recours aux précédents anglais :

> On nous a cité de part et d'autre bon nombre d'arrêts anglais ou d'arrêts relatifs à des causes provenant des autres provinces, au motif que la liberté illimitée de tester vient du droit anglais et qu'il y a des analogies entre la notion d'influence indue du droit anglais et la captation du droit civil. Il ne s'agit pas en l'instance de liberté illimitée de tester non plus que d'un testament suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre. [...] je suis non seulement réticent à utiliser les arrêts des autres provinces dans une affaire de droit civil, mais je ne me sens aucunement lié par un arrêt de cette Cour [...] rejetant un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. [...] Il me paraît que cet arrêt vient bien près d'importer en droit privé la règle de l'affaire *Hodge* sur le doute raisonnable en droit criminel. C'est une théorie qui n'a rien à voir avec les dispositions du droit civil sur la preuve[115].

La différence entre l'institution empruntée au droit anglais et l'interprétation de son régime d'application était soulignée, tout comme l'idée d'une unité organique du Code dans son interprétation. Le recours au droit d'origine n'a donc plus qu'une portée limitée. Dans le cas de la

---

[109] [1982] 1 R.C.S. 452.

[110] *Ibid.* à la p. 468.

[111] *Ibid.* à la p. 469.

[112] *Supra* note 55.

[113] Voir la discussion sur l'affaire *Renaud* c. *Lamothe*, *infra* note 18.

[114] [1979] 2 R.C.S. 172.

[115] *Ibid.* à la p. 204. Voir aussi, *Drouin-Dalpé* c. *Langlois*, [1979] 1 R.C.S. 621 à la p. 624.

liberté illimitée de tester, les propos du juge Beetz montrent bien que, en ce qui a trait à la nature de la liberté testamentaire, à ses fondements, le recours au droit anglais eut pu être pertinent. Le litige ne portait toutefois pas sur le contenu de cette liberté, mais bien sur la nature du consentement à l'acte juridique que constitue le testament, la captation ayant un effet sur la volonté de tester.

La règle antérieurement proposée par Walton qui préconisait une interprétation du Code selon les règles du droit à l'origine de la disposition du Code[116] n'avait plus tout à fait sa place. Les arrêts *Pantel* et *Ouellet* constituent des exemples marquants du rejet de l'incorporation intégrale du droit d'origine et de l'usage du précédent anglais.

Le droit anglais n'est toutefois pas exclu de l'analyse du droit civil. Il doit s'imbriquer dans le *corpus* des règles de droit civil et son inclusion dans l'interprétation de la règle demeure limitée. L'affaire *Royal Trust Co.* c. *Tucker*[117], qui soulevait la question de la nature de la fiducie et des droits qui s'y rattachent, est une illustration parfaite de cette forme de rapport entre les institutions d'origine anglaise et leur interprétation en droit civil. Cette décision qui articulait l'origine de la fiducie québécoise et qualifiait l'intérêt de « droit de propriété *sui generis* »[118] a fait couler beaucoup d'encre. Nous ne reprendrons ni ne décrirons les critiques et les suites de l'arrêt. Ce qui nous paraît toutefois intéressant, du point de vue de l'articulation du droit civil au regard d'une institution d'origine anglaise, c'est la peine que la Cour a pris à différencier la fiducie du droit civil de celle de la common law. La fiducie est en effet la quintessence des institutions propres à la common law. Elle est le symbole de la distinction entre le « legal title » (titre en common law) et le « beneficial ownership » (propriété bénéficiaire), qui se réconcilient difficilement avec les notions de droit et de propriété du droit civil. Malgré les difficultés d'arrimage de la notion de fiducie avec les catégories classiques du droit des biens en droit civil, la Cour a voulu s'assurer de distancier, au plan conceptuel, la fiducie québécoise de celle de common law :

> Il est donc légitime de référer au droit anglais [...] Mais l'argument n'est pas décisif car ce n'est pas tout le droit anglais des trusts qui a été introduit en droit civil. [...] l'adoption des art. 981*a* et suivants n'a pas eu pour effet d'introduire au Québec la distinction anglaise entre le « *legal title* » et le « *beneficial ownership* », sorte de dédoublement de la propriété, notion étrangère au droit québécois qui veut que la propriété reste unique et porte toute entière sur une seule tête [...] Le droit anglais n'est donc pertinent que dans la mesure de sa compatibilité avec les art. 981*a* et suivants du *Code civil*[119].

Si la défense et l'articulation du droit civil devant la Cour suprême ont, sur une longue période, été en veille, ces arrêts reflètent le chemin parcouru par la Cour entre la période Mignault et le début des années 1980. L'interprétation du Code civil selon les règles du droit civil et le recours aux sources du droit civil ont été de plus en plus courants à compter des années 1970[120], pour devenir une manière de faire établie.

Fait déjà souligné précédemment, l'aboutissement des travaux de l'Office de révision du Code civil en 1978 n'est sûrement pas étranger à cette prise de conscience de l'autonomie conceptuelle

---

[116] Walton, *supra* note 46 à la p. 130.

[117] [1982] 1 R.C.S. 250.

[118] Le *Code civil du Québec* réglemente la fiducie aux articles 1260 et suivants et la rattache à la théorie des patrimoines d'affectation, qui n'était pas prévue dans le *Code civil du Bas Canada*.

[119] *Supra* note 117 à la p. 261.

[120] Il suffit de lire la décision rendue par la Cour suprême dans *Banque nationale* c. *Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, pour se rendre compte de ce mouvement. Pour une description de cette période où la doctrine française a eu le haut du pavé dans l'interprétation du droit civil québécois, voir P.-G. Jobin, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille » (1980) 21 C. de D. 257.

du droit civil devant la Cour suprême. Le tournant marqué par les jugements rendus dans les affaires de droit civil par le juge Beetz correspond à une période importante dans la réflexion collective sur les institutions et les sources du droit civil québécois. Le droit civil québécois n'était plus en situation de crise identitaire.

Dès le milieu des années 1980, les jugements de la Cour suprême portant sur le droit civil sont toutefois devenus moins nombreux en raison du contentieux créé par la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*[121]. Les décisions rendues sont alors devenues plus visibles, mais elles ont aussi été plus civilistes[122], tout en s'ouvrant sur les sources étrangères afin d'obtenir un éclairage sur le contexte socio-économique ambiant et l'évolution des règles.

Les propos de Madame le juge L'Heureux-Dubé dans *Caisse populaire des Deux Rives* c. *Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*[123] sont révélateurs de l'approche adoptée par la Cour dans l'interprétation du droit civil :

> Les auteurs et la jurisprudence ont, par le passé, eu une certaine tendance à puiser dans le droit étranger des assurances des réponses aux questions auxquelles le droit civil du Québec ne semblait pas apporter de solution. Cette vision élargie des sources de droit découle en fait partiellement de la nature du droit des assurances que les codificateurs soulignent dans leur septième rapport comme étant un ensemble de règles fondamentales communes à plusieurs pays [...]. Cette similarité apparente des règles fondamentales ne doit cependant pas nous faire oublier que les tribunaux se doivent d'assurer au droit des assurances un développement qui reste compatible avec l'ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s'insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères [...] peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n'en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et, s'il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s'harmonise avec son économie générale[124].

Cet extrait montre bien la complexité qui résulte de la mise en œuvre du droit lorsqu'un langage législatif similaire est utilisé dans la réglementation de situations régies par des traditions juridiques différentes. Un même langage peut donc avoir un sens multiple selon la tradition dans laquelle il s'inscrit, en raison des autres règles qui composent l'ensemble du régime d'application. C'est là toute la complexité de la mixité des sources du droit civil québécois et de son application dans un contexte bijuridique. En effet, la transposition des règles doit être considérée en fonction du cadre récepteur et celui-ci diffère d'une tradition à l'autre. Ainsi, dans la mesure où l'on reconnaît la spécificité d'une tradition, le recours à l'analyse comparative pour comprendre le sens de la règle, en fonction de son origine, sa transposition et sa mise en œuvre, prend alors tout son sens.

Avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, le besoin d'interpréter les nouvelles dispositions au regard de sources variées a favorisé un recours de plus en plus fréquent à l'analyse

---

[121] Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

[122] Voir p. ex., *Zodiak International Productions Inc.* c. *Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529 sur la validité d'une clause compromissoire; *Lapierre* c. *Procureur général du Québec*, [1985] 1 R.C.S. 531 en matière de responsabilité délictuelle où la théorie du risque a été rejetée; *C. (G.)* c. *V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244 sur le droit de garde et l'exercice de l'autorité parentale; *Daigle* c. *Tremblay*, [1989] 1 R.C.S. 531 sur la personnalité juridique du fœtus; *Venne* c. *Québec (CPTA)*, [1989] 1 R.C.S. 880 sur l'obligation conditionnelle; *Banque de Montréal* c. *Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429 en matière de mandat; *Banque nationale du Canada* c. *Houle*, [1990] 3 R.C.S. 429 sur l'abus de droits contractuels; *Laferrière* c. *Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541 en matière de responsabilité délictuelle où la théorie de la perte de chance a été rejetée en matière de responsabilité médicale; *Garcia Transport Ltée* c. *Compagnie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499 sur l'extinction des obligations; *P. (D.)* c. *S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 , à nouveau sur le droit de garde et l'exercice de l'autorité parentale.

[123] [1990] 2 R.C.S. 995.

[124] *Ibid.* à la p. 1004.

comparative du droit[125], sans pour autant que la spécificité du droit civil ne soit négligée[126]. Contrairement à la période où Mignault siégeait à la Cour, la protection de l'intégrité du droit civil n'est plus un cheval de bataille. En effet, la mixité du droit québécois, tout comme son caractère essentiellement civiliste quant à ses catégories et son interprétation, caractérisent le droit québécois par rapport à la common law et, aussi par rapport au droit civil européen. Son arrivée à maturité ne pouvait que se transposer dans une reconnaissance de son intégrité et de ses particularités. Face à l'interprétation du Code civil du moins, l'autonomie conceptuelle du droit civil québécois semble dorénavant aller de soi.

Par ailleurs, on pourrait s'interroger sur l'influence qu'a pu avoir le droit civil québécois dans les jugements plus récents de la Cour suprême une fois son autonomie conceptuelle reconnue. Bien que certains prétendent que l'influence des traditions n'est plus à sens unique — common law vers le droit civil[127], il est toutefois exagéré de prétendre que la common law s'est fréquemment inspirée du droit civil. On trouve bien quelques exemples où la Cour suprême a mentionné des décisions de droit civil. Il en est ainsi dans *Rivtow Marine Ltd.* c. *Washington Iron Works*[128], dans laquelle la Cour cite *Ross* c. *Dunstall*[129] en matière de responsabilité du fabricant. Fait intéressant, dans *Ross* c. *Dunstall*, la Cour suprême avait interprété l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* en s'assurant que l'interprétation alors donnée n'était pas incompatible avec une règle établie par un précédent anglais. Dans *Sorochan* c. *Sorochan*[130], la décision *Cie immobilière Viger Ltée* c. *Lauréat Giguère Inc.*[131] est citée, mais seulement à titre comparatif, la théorie de l'enrichissement sans cause ayant des fondements dans la common law. Dans un autre cas, *Arndt* c. *Smith*[132], Madame le juge McLachlin cite *Laferrière* c. *Lawson*[133] au soutien de ses motifs portant sur le critère de prépondérance des probabilités dans l'évaluation de la causalité. Ces exemples sont malgré tout révélateurs d'une plus grande ouverture à l'analyse comparative de la common law canadienne avec le droit civil québécois même s'ils utilisent le droit civil à des niveaux d'influence différents.

En matière familiale, plus particulièrement en matière de garde d'enfants, la Cour a cru bon tenir compte des décisions rendues en common law dans ses décisions de droit civil, et de celles rendues en droit civil dans ses décisions de common law, tout en reconnaissant les différences conceptuelles des notions dans les deux traditions. Le dialogue établi dans ce domaine entre les deux traditions pourrait s'expliquer, en ce qui a trait aux matières impliquant un enfant, par le tronc commun entre celles-ci en ce qui a trait au fondement essentiel de toute décision concernant des enfants : la notion d'intérêt de l'enfant. À partir de ce principe partagé, les solutions communes sont favorisées, même si l'articulation des motifs rattachés aux institutions propres à chacune des traditions diffère. La comparaison faite par Madame le juge L'Heureux-Dubé dans *Gordon* c.

---

[125] Voir sur le regain de popularité de l'analyse comparative du droit, P.-G. Jobin, *supra* note 81 à la p. 489 et s.

[126] P. ex., *Béliveau St-Jacques* c. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Godbout* c. *Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Aubry* c. *Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591.

[127] Voir C.D. Gonthier, « L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise » dans Journées Maximilien-Caron 1990, *Enjeux et valeurs d'un code civil moderne*, Montréal, Thémis 1991, 3 à la p. 8.

[128] [1974] R.C.S. 1189.

[129] (1921), 62 R.C.S. 393.

[130] [1986] 2 R.C.S. 38.

[131] [1977] 2 R.C.S. 67.

[132] [1997] 2 R.C.S. 539 à la p. 565.

[133] *Supra* note 122.

Gœrtz[134], reprenant les distinctions établies sur la notion de garde de *C. (G.)* c. *V.-F. (T)*[135] est un bon exemple de ce courant, tout comme l'analyse faite dans *W. (V.)* c. *S. (D.)*[136].

Aussi, lorsque des questions soumises à la Cour soulèvent des valeurs universelles, l'intérêt de mentionner les règles et solutions de l'une ou l'autre des traditions est plus marqué et se traduit dans les décisions. Il en est ainsi en matière de droits et libertés de la personne[137], incluant les questions liées à la protection du fœtus et aux droits de la mère. L'utilisation de *Montreal Tramways Co.* c. *Léveillé*[138] ou de *Tremblay* c. *Daigle*[139] dans les décisions *Dobson (Tuteur à l'instance de)* c. *Dobson*[140] et *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg* c. *D.F.G.*[141] traduit ce rapprochement des traditions. Chacun de ces arrêts, quel que soit l'objet du litige, dépendait d'une même qualification fondamentale : la personnalité juridique du fœtus avant sa naissance.

Ce dialogue des traditions dans les jugements de la Cour suprême est conforme à l'idée selon laquelle la Cour suprême est plus qu'un tribunal d'appel pour chacune des provinces. Sa place lui impose d'éviter des solutions uniques dont l'impact serait limité aux droits des parties devant elle. Dans ses décisions, surtout les plus récentes, la Cour semble habitée par un souci de prendre en considération l'effet de ses décisions dans l'ensemble des juridictions, qu'elles relèvent du droit civil ou de la common law, tout en respectant les particularités de chacune.

On voit donc, dans les nouvelles orientations de la Cour, une influence réciproque plus marquée entre traditions par le biais d'une analyse comparative qui prend de plus en plus de place dans les jugements. On note aussi une tendance plus marquée vers l'universalisme en ce qui a trait aux fondements des solutions et aux solutions elles-mêmes, avec une articulation différente des principes variant d'une tradition à l'autre. Sorte d'unification par la persuasion, on est bien loin de l'unification du droit telle qu'elle s'exerçait au début du XX^{e} siècle, alors que l'unification signifiait généralement l'assimilation du droit civil par la common law. Ce courant procède en quelque sorte d'une internationalisation du droit, qui s'ouvre à un langage plus universel du droit. Il traduit une certitude selon laquelle il y aurait, dans les deux systèmes, des valeurs transcendantes qui dépassent le simple énoncé de règles spécifiques.

Cette tendance comparatiste de la Cour ne pouvait s'effectuer que par une reconnaissance préalable de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law. La comparaison ne peut en effet alimenter la réflexion sur les fondements et les solutions de chacune des traditions que dans la mesure où elles sont vues comme des égales, aucune n'étant ni moins bonne, ni meilleure que l'autre dans son ensemble.

Cette confirmation de l'autonomie conceptuelle du droit civil et de sa pleine égalité avec la common law par la Cour suprême s'est toutefois opérée dans un contexte où il s'agissait de l'interprétation de règles provinciales. La question de la place respective des traditions se pose

---

134 [1996] 2 R.C.S. 27 à la p. 69 et s.

135 *Supra* note 122 à la p. 285.

136 [1996] 2 R.C.S. 108 à la p. 146 et s.

137 Voir p. ex., *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg* c. *K.L.W.*, [2000] C.S.C. n° 48 dans laquelle *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Ville de Montréal*, [2000] 1 R.C.S. 665 est citée en ce qui a trait à la notion de handicap dans un contexte de protection du droit à l'égalité.

138 [1933] R.C.S. 456.

139 *Supra* note 122.

140 [1999] 2 R.C.S. 753.

141 [1997] 3 R.C.S. 925.

toutefois autrement lorsqu'il s'agit de comprendre comment la dualité juridique s'est établie dans le cadre fédéral et comment le droit civil a pu avoir un rôle dans l'interprétation du droit fédéral.

B – La confirmation des rapports de complémentarité entre le droit civil et le droit fédéral

Si le droit civil québécois a su acquérir une autonomie conceptuelle face à la common law, ce facteur à lui seul ne peut suffire à fonder l'existence d'une dualité juridique dans le cadre fédéral. Bien que cette autonomie soit un préalable nécessaire à l'établissement de cette dualité, il faut en plus que les règles du droit civil puissent s'appliquer dans ce cadre; elles doivent être pertinentes dans l'application du droit fédéral.

Malgré l'existence de fait du bijuridisme canadien, la réponse à la question de savoir s'il existe un rapport de complémentarité entre le droit civil, en tant que droit provincial, et le droit fédéral, ne va pas de soi. Si la doctrine a articulé le rapport de complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral[142], ce n'est qu'après que la Cour suprême eut formellement nié l'existence d'une common law fédérale que cette articulation a pu prendre toute son ampleur.

L'idée de l'existence d'une common law fédérale dans toutes les matières relevant de la compétence du gouvernement fédéral a longtemps été soutenue par les tribunaux[143]. Au plan constitutionnel, elle s'articule autour de l'interprétation de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sa pertinence et les jugements qui ont contribué à la confirmation de l'existence d'une common law fédérale sont liés à la détermination de la juridiction à la Cour fédérale constituée pour la « meilleure administration des lois du Canada »[144]. On a longtemps considéré que la juridiction de la Cour fédérale correspondait aux champs relevant de la compétence du gouvernement fédéral en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qu'il existe ou non un texte législatif fédéral.

C'est par l'interprétation de la portée de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* que la Cour suprême a ouvert la voie à la reconnaissance du bijuridisme dans le cadre des lois fédérales, en interprétant étroitement l'expression « lois du Canada », qui fonde la juridiction de la Cour fédérale.

Ainsi, la Cour suprême a développé une nouvelle articulation des rapports entre le droit fédéral et les droits provinciaux en ce qui a trait à l'interprétation du droit fédéral. L'idée d'une common law fédérale supplétive au droit légiféré, applicable sur tout le territoire, pour toutes les matières relevant de la compétence du gouvernement du Canada a été rejetée. Pour qu'il s'agisse de « lois du Canada », il faut qu'il y ait, dirons-nous en principe, un texte législatif fédéral. C'est ce qui se dégage de *Quebec North Shore Paper Co.* c. *Canadian Pacific Ltd.*[145], *McNamara Construction* c. *R.*[146] et *R.* c. *Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*[147]

Dans *Quebec North Shore*, la Cour suprême a renversé les conclusions retenues en première instance et en appel par la Cour fédérale à l'effet que la juridiction de la Cour fédérale couvrait

---

[142] Il faut lire J.-M. Brisson, « L'impact du *Code civil du Québec* sur le droit fédéral » (1992) 52 R. du B. 345; J.-M. Brisson et A. Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » (1996) 75 R. du B. can. 197, version révisée du texte « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Recueil d'études*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 213.

[143] Voir P.W. Hogg, *Constitutional Law in Canada*, 4e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1997 à la p. 181.

[144] Art. 101, *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5.

[145] [1977] 2 R.C.S. 1054 [ci-après *Quebec North Shore*].

[146] [1977] 2 R.C.S. 654 [ci-après *McNamara*].

[147] [1980] 1 R.C.S. 695 [ci-après *Fuller*].

l'ensemble des matières relevant de la compétence législative fédérale. Elle a aussi rejeté l'argument selon lequel une législation provinciale s'appliquant à une situation à l'égard de laquelle le gouvernement fédéral pourrait légiférer ferait partie du droit fédéral et ce, par incorporation implicite[148]. La Cour reformulait ses conclusions dans *McNamara*, insistant sur le fait que pour qu'il s'agisse de « lois du Canada », il ne suffit pas que le gouvernement fédéral ait la compétence de légiférer sur un sujet, encore faut-il qu'il l'ait fait[149]. Puis, dans *Fuller*, la Cour précisait que bien qu'une loi fédérale réglemente une partie d'une situation juridique relevant de la compétence du Parlement fédéral, les questions pouvant relever de pouvoirs accessoires dont le champ est réglementé par le droit provincial ne constituent pas du droit fédéral, à moins que ces pouvoirs soient nécessaires à l'exercice efficace de l'autorité du Parlement[150].

L'existence d'une common law fédérale n'a toutefois pas été complètement exclue, la juridiction de la Cour fédérale pouvant trouver son fondement dans une loi, un règlement ou la common law[151]. Il existe d'ailleurs une common law fédérale dans certaines matières. Il en est ainsi, entre autres, en droit maritime[152] et en ce qui a trait au titre aborigène[153]. Nous n'aborderons toutefois pas ces cas d'exception. Par ailleurs, il existe aussi une common law fédérale s'appliquant à la Couronne du chef du Canada[154]. Sa portée reste toutefois limitée. C'est ce qui ressort de ces mêmes arrêts et c'est ce que reconnaît la doctrine[155].

Les décisions rendues dans *Quebec North Shore*, *McNamara* et *Fuller* ont souvent été critiquées en raison des distinctions byzantines qu'elles créent en ce qui a trait à la juridiction de la Cour fédérale, car elles semblent engendrer des résultats peu pratiques au plan procédural, surtout en ce qui a trait aux poursuites en responsabilité impliquant la Couronne du chef du Canada[156]. Par ailleurs, si elles suscitent des critiques au plan procédural, leur effet sur la reconnaissance d'un véritable rapport de complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral est certain. Cet aspect n'est généralement pas souligné dans les commentaires, la perspective adoptée étant liée aux problèmes procéduraux engendrés par la dissociation des règles de droit fédéral des institutions relevant des droits provinciaux. Il est pourtant essentiel à la compréhension et à la confirmation du bijuridisme canadien appliqué dans un cadre fédéral.

L'impact de ces décisions, en marge de leur application directe aux questions procédurales qu'elles réglaient, est de permettre de tirer deux conclusions essentielles nécessaires à l'établissement d'un rapport de complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral. La première est que le droit fédéral n'étant pas autonome, il doit, pour s'appliquer en cas de silence de la loi fédérale, trouver ses assises dans le droit provincial et non dans une common law purement

---

148 *Quebec North Shore*, *supra* note 145 à la p. 1065.

149 *McNamara*, *supra* note 146 à la p. 658.

150 *Ibid.* à la p. 711.

151 *Quebec North Shore*, *supra* note 145 à la p. 1066 et *McNamara*, *ibid.* aux pp. 659 et 713.

152 Voir p. ex., *ITO—International Terminal Operator* c. *Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752. Pour une critique de cet état de fait en ce qui a trait au droit maritime, voir G. Lefebvre, « L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec » (1997) 31 R.J.T. 577.

153 Voir p. ex., *Roberts* c. *Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322.

154 *McNamara*, *supra* note 146 aux pp. 662-63.

155 Voir p. ex., G. Faggiolo, « La *Loi C-38*, la nouvelle compétence de la Cour fédérale et ses relations avec la Cour supérieure » dans *Développements récents en droit administratif (1990)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1990, 85; L.J. Townsend et H. Olson, « Les recours judiciaires exercés par et contre l'État » dans *La Couronne en droit canadien*, Cowansville (QC), ministère de la Justice, Yvon Blais, 1992, 189.

156 Voir les critiques de P.W. Hogg, *supra* note 143 aux pp. 182-83, de même que les références mentionnées par l'auteur.

F2

fédérale. La seconde est que, en l'absence d'une common law fédérale, le droit provincial agit comme droit commun du droit fédéral.

La première conclusion n'emporte pas à elle seule confirmation d'un rapport de complémentarité véritable entre les droits provinciaux et le droit fédéral. En effet, si l'on se replace avant l'arrêt *Quebec North Shore*, on peut dire que, de façon générale, l'idée d'une common law fédérale avait cours et que l'interprétation de l'expression « loi du Canada » était large. Constituait une loi du Canada, toute règle appliquée dans un domaine relevant du champ de compétence du Parlement du Canada en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans ce champ de compétence, toutefois, il n'existait pas nécessairement de loi ou règlement du Parlement, ni de précédent de common law applicable dans ce domaine. Ainsi, pour compléter la réglementation d'une situation tombant dans ce champ de compétence, avait-on recours aux droits provinciaux. Le droit fédéral n'était pas tout à fait autonome car les règles provinciales entraient dans un rapport de complémentarité avec les règles propres au droit fédéral.

Pourtant, ce rapport n'établissait pas une véritable complémentarité. Bien sûr, le droit fédéral avait recours aux institutions des droits provinciaux pour combler ses lacunes mais, lorsque celles-ci étaient intégrées, par implication, au droit fédéral, il n'y avait plus complémentarité mais bien assimilation. En effet, par l'incorporation, selon les situations, de l'un ou l'autre des droits provinciaux, on faisait de ceux-ci du droit fédéral. La difficulté qui se pose alors en est une reconnaissance, malgré une complémentarité limitée par le biais d'un renvoi implicite au droit provincial, qui a pour effet d'opérer une incorporation par renvoi. Par l'incorporation, le droit provincial perd ses caractères propres et le droit fédéral est lui considéré comme un tout soumis à ses propres règles d'interprétation.

C'est là que le bât blesse, plus particulièrement pour le droit civil. En effet, s'il avait fallu maintenir cette idée d'un droit fédéral complet par ses incorporations du droit provincial, les institutions du droit civil servant à combler les lacunes, comme par exemple en matière de contrat, auraient été interprétées à partir des précédents du droit fédéral. On aurait en effet appliqué une common law propre au droit fédéral, différente des common law des provinces et se développant dans son propre cadre. Ces précédents applicables à toutes les situations juridiques relevant du champ de compétence du fédéral se seraient appliqués également aux situations créées dans un cadre de droit civil et à celles créées dans un cadre de common law.

Dans un tel cas, les caractères propres des institutions du droit civil n'auraient pu être reconnus. Développée à partir des précédents, l'interprétation des institutions se serait faite en marge des particularités liées aux traditions, opérant une uniformisation des règles du droit civil avec celles de la common law. Contrairement à l'affirmation de la spécificité du droit civil dans l'interprétation du Code et des règles du droit civil dans un contexte purement provincial, cette spécificité n'aurait pu s'affirmer et se serait perdue dans le cadre fédéral. Les mêmes institutions, n'étant plus considérées dans un cadre conceptuel autonome mais faisant partie intégrante du droit fédéral, auraient eu un sens différent d'un contexte à l'autre, assimilées dans le cadre fédéral quant à leur sens et leur mode de mise en œuvre, à des institutions de common law.

L'impact des énoncés faits dans *Quebec North Shore*, *McNamara* et *Fuller*, sur le besoin de mieux comprendre le rapport de complémentarité entre le droit fédéral et le droit québécois est important. En effet, l'articulation du rapport entre le droit fédéral et les droits provinciaux ne pouvait se faire qu'à partir de cette idée d'absence d'une common law fédérale. Ne serait-ce qu'au plan symbolique, le rejet d'un droit fédéral autonome et d'une common law propre au droit fédéral fait en

sorte que le droit civil, en tant que système, a pu être considéré et reconnu comme une tradition d'égale importance dans le cadre fédéral et permettre une véritable complémentarité entre le droit civil québécois et le droit fédéral.

Mais l'absence d'autonomie du droit fédéral ne suffit pas à elle seule à permettre l'articulation du rapport de complémentarité. L'idée de l'application des droits provinciaux comme droit commun de la législation fédérale vient la compléter.

Le rôle des droits provinciaux comme droits communs du droit fédéral n'est possible qu'en l'absence d'une common law fédérale qui existerait pour tous les champs de compétence du Parlement. En effet, affirmer l'existence d'une common law fédérale ferait en sorte qu'en cas de silence de la loi, ce serait une common law propre aux champs de compétence fédéraux qui s'appliquerait et non les droits provinciaux agissant comme toiles de fond au droit fédéral. Avec un tel corpus de règles, les différents droits provinciaux, relevant du droit civil ou de la common law, ne joueraient aucunement dans l'orientation de la règle. Le cas du droit maritime démontre bien comment le droit provincial est exclu dans son articulation et comment la common law fédérale propre au droit maritime joue comme droit commun dans ce domaine particulier.

Ainsi, à la suite de *Quebec North Shore*, *McNamara* et *Fuller*, si ce qui relève de la propriété et des droits civils en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne passe pas dans le champ du droit fédéral du seul fait que certaines des institutions relevant du droit provincial sont nécessaires à la mise en œuvre d'une règle fédérale, la question de savoir quel droit s'applique en cas de silence de la loi fédérale est fondamentale dans l'articulation du bijuridisme dans le cadre fédéral.

L'identification des règles qui s'appliquent à titre supplétif est assez complexe et nécessiterait une analyse plus approfondie qui dépasse les objectifs poursuivis par ce texte. Il convient toutefois de mentionner que le jeu de la complémentarité, par le jeu des toiles de fond, ne se détermine pas en bloc. En effet, lorsqu'il s'agit du droit commun des provinces de common law, ce droit commun est en principe établi par la common law provinciale (les principes établis par les décisions judiciaires). Par contre, la complémentarité entre le droit fédéral et le droit provincial peut aussi s'établir avec la common law et les lois particulières, lorsque les règles et les régimes juridiques construits par ces lois sont nécessaires à la mise en œuvre du droit fédéral.

Il en est de même au Québec. Si au Québec le droit civil trouve principalement sa source dans le Code civil, « [l]e Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité [...]. »[157] En principe, c'est le Code et les principes généraux du droit qui sont considérés comme le droit commun[158] et agiront à titre supplétif du droit fédéral[159]. Le droit fédéral, toutefois, peut aussi établir une complémentarité avec le corps du droit privé québécois, incluant les régimes établis par les lois particulières, comme il le fait pour les provinces de common law.

Le droit fédéral s'interprète ainsi, en l'absence de dispositions législatives fédérales opérant une dissociation expresse avec les droits provinciaux, comme un droit qui s'énonce comme une exception à la règle de droit établie par les droits communs des provinces. Il peut aussi s'énoncer

---

[157] *Cie immobilière Viger Ltée* c. *Lauréat Giguère Inc.*, *supra* note 131 à la p. 76, réitéré dans *Vidéotron Ltée* c. *Industries Microlec Produits électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065 à la p. 1080.

[158] Brierley, *supra* note 37; Brisson, *supra* note 37.

[159] Brisson, *supra* note 142; Brisson et Morel, *supra* note 142.

dans un rapport de complémentarité plus élargi, avec l'ensemble du corpus législatif des provinces incluant les lois particulières, comme il le fait par exemple au paragraphe 72(1) de la *Loi sur la Faillite et l'insolvabilité*[160]. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs confirmé cette complémentarité entre le droit fédéral et les droits provinciaux[161].

Le jeu de la complémentarité est donc variable. Il peut exister plusieurs couches de toiles de fond. Par ailleurs, quelle que soit la forme que prend la complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral, cette complémentarité confirme le dialogue entre le droit fédéral et les droits provinciaux.

Par la complémentarité des droits fédéral et provinciaux, et l'égalité des traditions, l'articulation du bijuridisme dans le contexte fédéral est devenue plus qu'un simple constat de la cœxistence des traditions. Les juges doivent, dans l'application d'une règle fédérale non exclusive des droits provinciaux, reconnaître, en ce qui a trait au droit québécois, les institutions propres au droit civil québécois en vue d'appliquer cette règle fédérale, superposée, dans plusieurs matières, au droit québécois agissant comme toile de fond. Ce besoin d'avoir recours au droit québécois même dans l'application du droit fédéral ne pouvait qu'agir dans la reconnaissance de la pleine égalité du droit civil québécois avec la common law des autres provinces.

Conclusion

Au début menacé dans son intégrité, le droit civil a pleinement acquis, devant la Cour suprême du Canada, son autonomie conceptuelle, lui permettant d'être considéré en pleine égalité avec la common law. Ce mouvement, avec le rejet de principe d'une common law fédérale pour toutes les matières relevant de la compétence du gouvernement fédéral, a permis une meilleure articulation du bijuridisme canadien dans le cadre actuel.

En raison d'une évolution constante du regard sur les rapports entre le droit civil et la common law puis, entre le droit fédéral et les droits provinciaux, la Cour suprême du Canada a favorisé l'éclosion d'une vision de la dualité juridique canadienne. Plus qu'un état de fait, cette dualité juridique est dorénavant considérée comme un caractère essentiel de la mise en œuvre du droit fédéral, nécessitant un dialogue constant entre les traditions.

---

[160] L.R.C. 1985, c. B-3.

[161] P. ex., en matière de faillite et d'insolvabilité, *Robinson* c. *Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753 et *sous-ministre du Revenu (Québec)* c. *Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35.

MANIFESTATIONS DU BIJURIDISME DANS LES JUGEMENTS DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DEPUIS L'ADOPTION *DU CODE CIVIL DU QUÉBEC*

Louise Lavallée

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 1

1. Le droit substantiel 2
1.1 Droits et libertés de la personne 3
1.1.1 Droits de la femme enceinte et du fœtus 3
Dobson (Tuteur à l'instance de) c. *Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. *G.(D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925
1.1.2 Divulgation de dossiers privés de victimes d'agression sexuelle 6
A.(L.L.) c. *B.(A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536
R. c. *O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411
1.1.3 Droits des bénéficiaires d'un centre hospitalier en cas de grèves illégales des employés 8
Québec (Curateur public) c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 345
1.2 Droit public 9
Blencoe c. *Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] R.C.S. 44
2747-3174 Québec Inc. c. *Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919

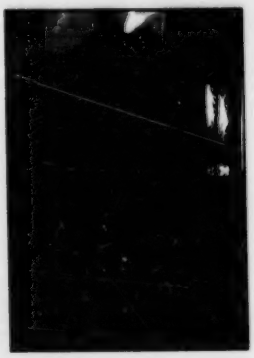
2. Responsabilité civile 11
2.1 La prescription 12
Doré c. *Verdun (ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862
Tolofson c. *Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de)* c. *Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022
2.2 La négligence 13
Ryan c. *Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201
Arndt c. *Smith*, [1997] 2 R.C.S. 539
2.3 L'indemnisation du préjudice 15
2.3.1 Dommages-intérêts pour la perte économique subie à la suite de dommages aux biens d'un tiers (perte économique relationnelle) 15
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. *Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210
2.3.2 Dommages-intérêts moraux et exemplaires 17
Succession Ordon c. *Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437
Augustus c. *Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268
Béliveau St-Jacques c. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.* [1996] 2 R.C.S. 345
Québec (Curateur public) c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 345

3. Droit de la famille 23
3.1 Droit de garde d'enfant 23
Gordon c. *Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27
W.(V) c. *S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. *K.L.W.*, [2000] A.C.S. no. 48
3.2 Obligation alimentaire 26
Bracklow c. *Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420

4. Droits des contrats 27
4.1 Contrat de travail 27
Farber c. *Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846
4.2 Contrat d'assurance 28
Chablis Textiles Inc. (Syndic de) c. *London Life Insurance Co.*, [1996] 1 R.C.S. 160
Perron-Malenfant c. *Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375

Conclusion 30

MANIFESTATIONS DU BIJURIDISME DANS LES JUGEMENTS DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DEPUIS L'ADOPTION DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*



**Par Louise Lavallée*, conseillère juridique,
Direction des services législatifs,
ministère de la Justice du Canada**

Introduction

Bien que le terme bijuridisme soit plutôt d'emploi récent, il est admis que les fondements de son existence remontent aux débuts de la colonisation du Canada. Dès lors, les paysages juridiques de la common law et du droit civil se sont succédés, puis superposés, de manière à créer les assises d'un droit singulier.

C'est avec la création de la Cour suprême en 1875, qui coïncide par ailleurs avec la fondation des grandes institutions nationales, que le Parlement canadien prend le contrôle de son développement jurisprudentiel. À cette époque, le caractère fédéral de la Cour suprême s'affirme d'abord par la volonté de créer un droit uniforme fondé sur la fusion des sources juridiques issues des deux grandes traditions juridiques au pays. L'obligation de prendre en compte l'effet de ses décisions dans toutes les provinces justifie la Cour d'adopter cette approche. Les propos du professeur Glenn à la page 205 de son article « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada » (dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Ouvrages collectifs, Wilson Lafleur, Montréal, 1989, p. 200 à 214) laissent entrevoir l'optimisme de l'époque face à la mission unificatrice et constructive dont la Cour est investie :

> « La Cour suprême, institution nationale ayant une mission nationale d'unification, se servirait tout naturellement de la nouvelle science de droit comparé pour éliminer les barrières artificielles entre le droit civil et la common law du Canada, pour construire un nouveau droit commun canadien. »

Malheureusement, pour diverses raisons relevant souvent en somme de la volonté politique, l'uniformisation a largement emprunté à un système et laissé très peu d'espace à l'autre. En fait, les concepts de common law sont largement appliqués et on note très peu d'emprunts au droit civil. Le professeur Baudoin fait largement état de ce fait dans son article intitulé « *L'interprétation du code civil québécois par la Cour suprême du Canada* », (1975) 53 *R. du B. can.* 715, à la page 75 : « L'unification durant ces périodes s'est faite, pour ainsi dire, à sens unique. Il ne s'agissait aucunement, ce qui eut été éminemment profitable, d'un véritable échange entre les deux systèmes. ».

Au milieu du XX[e] siècle toutefois, avec la nomination de nouveaux juges en provenance du Québec, il s'établit un nouvel équilibre qui permet de freiner l'intrusion massive de notions de

---

* L'auteure est légiste à la Section de la réglementation de la Direction des services législatifs du ministère de la Justice du Canada.
Elle tient à remercier la Direction des services législatifs ainsi que le Secteur du droit civil et de la gestion ministérielle et la Section du Code civil du ministère pour avoir fourni l'occasion de cette publication. Des remerciements vont aussi à France Allard qui, grâce à son expertise en droit comparé et à son soutien, a permis la rédaction de cet article, John LeGarignon pour sa collaboration à la recherche des précédents juridiques indispensables à la production de cet ouvrage ainsi qu'à Nathalie Lacroix pour son aide technique appréciée.

common law dans les matières de droit civil. La Cour abandonne son objectif d'unification et renonce définitivement à l'idée d'une common law fédérale d'application générale. Elle confirme peu à peu qu'en matière de droit privé canadien la common law et le droit civil sont deux systèmes de droit complets en eux-mêmes qui possèdent leur propre autonomie juridique. Le professeur Glenn l'explique ainsi à la page 211 de l'article précité :

> « Depuis au moins le milieu du siècle, il est devenu clair que la Cour suprême a renoncé définitivement à l'idée de l'unification nationale du droit et à l'idée que la comparaison des droits doit servir à la construction de nouvelles règles, exclusives et impératives. Ce changement s'est effectué d'abord par une revalorisation des sources du droit civil, notamment de la doctrine québécoise et française, et par une reconnaissance de l'impossibilité d'écarter systématiquement tout un *corpus* de règles dont la qualité et la cohérence ne souffrent en rien d'une comparaison avec la common law. »

À compter de ce moment, la Cour se concentre surtout sur la délimitation des frontières entre le droit public et le droit privé. La distinction est importante, parce que si la common law ne fait pas de différence entre ces deux notions, au Québec, le droit civil s'applique exclusivement aux matières touchant à la propriété et aux droits civils, la common law prenant le relais dans tous les autres domaines (sauf indication contraire du texte législatif).

Ces frontières, la Cour continue encore aujourd'hui d'en circonscrire les limites. Les jugements récents réitèrent que le droit administratif, tel le droit municipal, tire ses sources du droit public et que les conflits qui en découlent doivent se résoudre à la lumière des principes qui régissent la common law.

Quand il est question de droit privé, dans les matières touchant notamment la responsabilité civile, le droit du travail, le droit des assurances et le droit de la famille, la Cour se prononce en faveur de l'application des traditions juridiques qui ont cours dans la province d'application.

Dans cette perspective, nous avons trouvé intéressant de recenser les arrêts récents de la Cour suprême du Canada qui traitent sous un aspect ou un autre, des principes régissant chacun des systèmes de droit au Canada. Nous avons choisi de limiter notre examen aux jugements postérieurs à l'adoption du *Code civil du Québec*, c'est-à-dire à ceux qui ont été rendus entre 1994 et 2000, ce qui nous a par ailleurs permis de constater les répercussions à court terme de ce nouveau texte législatif sur les décisions de la Cour.

Le présent article résume les décisions qui font référence au « droit civil » et à la « common law », que ce soit pour indiquer la distinction ou la similarité des concepts par rapport à l'autre régime, pour comparer les notions afin de favoriser une approche plutôt que l'autre ou pour créer une norme nouvelle à partir des régimes en présence.

Nous avons regroupé d'abord les arrêts qui relèvent du droit substantiel étant donné leur application générale, ensuite les causes appartenant au domaine de la responsabilité civile, puis celles qui concernent le droit de la famille et enfin les décisions relevant du droit des contrats.

1. Le droit substantiel

La société canadienne est animée par un certain nombre de valeurs qui lient ses citoyens entre eux sans égard au régime juridique qui les régit. Elles sont exprimées en partie dans la Constitution et en partie dans les lois provinciales, le droit civil et la common law.

La Cour suprême rappelle à quelques reprises, durant la période recensée, certains principes fondamentaux qui guident l'application du droit relatif au respect de la personne humaine au Canada. Ces principes témoignent des convictions profondes de notre société à cet égard et l'on reconnaît qu'ils n'ont, en quelque sorte, pas de frontière. De façon générale, la Cour est d'avis que tant la *Charte canadienne des droits et libertés* que le *Code civil du Québec*, la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, les différentes lois sur les droits de la personne des provinces ainsi que la common law en sont l'expression uniforme. Elle précise toutefois, suivant les propos du juge Wilson dans l'arrêt *R.* c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, que malgré notre respect partagé pour certaines valeurs, le droit provincial doit quand même tenir compte de la situation constitutionnelle :

> « Avec l'avènement de la Charte, la sécurité de la personne a été promue au rang de norme constitutionnelle. Cela ne veut pas dire que les différentes formes de protection accordées au corps humain par le droit civil et la common law occupent le même rang. Le contenu donné à « la sécurité de la personne » doit être sensible à sa situation constitutionnelle. » (p. 53-54)

En matière de droit public, c'est-à-dire dans tout ce qui ne relève pas de la propriété et des droits civils, la Cour rappelle que la common law constitue le droit fondamental applicable aux citoyens de toutes les provinces. Ainsi, chaque fois qu'il s'agit de droit municipal, de droit scolaire ou de droit administratif en général, on doit avoir recours à une analyse fondée sur la common law, y compris au Québec. La Cour favorise aussi le recours au droit public plutôt qu'à la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas de manquements à l'équité procédurale et à la justice naturelle.

Les arrêts retenus au titre du « droit substantiel » traitent des deux traditions juridiques dans le contexte des droits et libertés de la personne ainsi que du droit public.

1.1 Droits et libertés de la personne

Quelques notions touchant aux libertés fondamentales ont été étudiées par la Cour dans une perspective comparatiste au cours des récentes années, notamment dans le contexte des droits reconnus à la femme enceinte et au fœtus. La Cour s'efforce de faire le rapprochement entre les décisions qu'elle a rendues sur le sujet dans des situations s'appliquant dans différentes provinces canadiennes. Par ailleurs, la protection de la « vie privée » ainsi que la question de la « dignité » ont été soulevées dans le cadre des droits des bénéficiaires d'un centre hospitalier en cas de grèves illégales des employés et quand il s'agit de la divulgation de dossiers privés de victimes d'agression sexuelle. Dans ce dernier cas, la Cour traite des privilèges généralement accordés en matière de respect de la vie privée non seulement au Canada mais aussi ailleurs dans le monde.

1.1.1 Droits de la femme enceinte et du fœtus

S'il est un domaine où les droits individuels ont été largement discutés c'est celui des droits de la femme enceinte et du fœtus qu'elle porte. Déjà, dans l'arrêt *R.* c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, qui reconnaissait le droit des femmes à l'avortement, il a été soutenu qu'accorder au fœtus le « droit à la vie » prévu à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dès la conception créait la possibilité d'un conflit avec les droits de la femme à la dignité personnelle, à l'intégrité corporelle et à l'autonomie. Dans l'arrêt *Tremblay* c. *Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, il n'a pas été permis d'obliger une femme à mener sa grossesse à terme puisque ni la *Charte des droits et*

libertés de la personne du Québec, ni le Code civil ne reconnaissaient au fœtus la personnalité juridique.

- *Dobson (Tuteur à l'instance de)* c. *Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753

Plus récemment, dans l'arrêt *Dobson (Tuteur à l'instance de)* c. *Dobson*, qui a pris naissance au Nouveau-Brunswick, la Cour a refusé qu'un enfant puisse poursuivre sa mère afin d'être indemnisé pour les blessures qu'il a subies avant sa naissance à la suite d'une collision automobile due à la négligence au volant de la mère. La Cour rappelle l'arrêt en droit civil *Montreal Tramways Co.* c. *Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, qui établit la fiction juridique « empruntée au droit civil » voulant que l'enfant atteint d'un préjudice soit « réputé né au moment de l'accident survenu à la mère » dès qu'il est né vivant. La Cour fait cependant une distinction entre cette affaire et l'arrêt *Dobson* puisqu'il s'agissait, dans l'arrêt *Montreal Tramways*, d'un cas où l'enfant poursuivait un tiers pour une négligence commise avant la naissance. Dans l'affaire *Dobson*, malgré le fait que l'enfant soit vivant, la Cour refuse d'appliquer les règles de la common law en responsabilité délictuelle à la mère.

Le juge McLachlin se prononce ainsi sur la question des droits de la femme enceinte :

> « À mon avis, appliquer de façon générale la responsabilité pour négligence prévue en common law aux femmes enceintes vis-à-vis les enfants à naître porte atteinte de façon inacceptable au droit à la liberté et à l'égalité de ces femmes. La common law doit refléter les valeurs consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Rendre les femmes enceintes responsables des blessures subies par le fœtus qu'elles portent irait à l'encontre de deux de ces valeurs les plus fondamentales — la liberté et l'égalité. » (par. 84)

Encore récemment, la Cour a réitéré son refus de modifier les règles de common law en matière de responsabilité délictuelle et d'étendre la responsabilité *parens patriae* de l'État pour protéger le fœtus ou lui reconnaître des droits. Elle fait le rapprochement avec le droit civil où la situation juridique du fœtus est la même que celle qui prévaut en common law.

- *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest)* c. *G.(D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925

Dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest)* c. *G.(D.F.)*, l'Office demande à la Cour de rendre une ordonnance afin qu'elle puisse détenir une femme enceinte dans un centre de soins de santé jusqu'à la naissance de l'enfant, sous prétexte que la santé du fœtus est en péril à cause de la dépendance de la mère à des intoxicants.

Le juge McLachlin, qui rend la décision pour une majorité de sept juges, revoit les principes généraux applicables et examine les règles du droit de la responsabilité délictuelle ainsi que la compétence *parens patriae* des tribunaux. Elle soutient que la Cour n'est pas appelée à trancher une question biologique ou spirituelle mais juridique comme il a déjà été précisé dans l'arrêt *Tremblay* c. *Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, une cause où les enjeux sont similaires puisque le père de l'enfant à naître demandait une injonction pour empêcher la mère de mettre fin à sa grossesse.

Dans cette affaire, un certain nombre de principes ont déjà été établis, dont le fait que ni le droit civil québécois, ni la common law britannique et canadienne ne reconnaissent de personnalité juridique au fœtus. Le principe veut qu'un droit d'action soit possible en cas de préjudice causé au fœtus par la négligence d'un tiers, mais il ne s'acquiert qu'une fois l'enfant né vivant.

Le juge McLachlin précise que dans l'arrêt *Tremblay*, la Cour arrive à la conclusion que la Charte québécoise ne confère aucun droit à l'enfant à naître et cite ce passage qui résume le droit applicable :

> « Le statut du fœtus en matière délictuelle, en droit des biens et en droit de la famille révèle une situation similaire à celle qui existe sous le régime du Code civil, savoir qu'en droit privé, le fœtus n'a pas de droits. » (par.14, *Tremblay* c. *Daigle* précité, p. 564)

En matière délictuelle, c'est l'affaire *Montreal Tramways Co.* c. *Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, souvent citée par la jurisprudence hors Québec, qui dès 1933 établissait que le fœtus n'avait pas de personnalité juridique. Dans le domaine des biens, le droit anglo-canadien de même que le droit québécois reconnaissent au fœtus le droit de bénéficier d'un legs ou d'une donation, mais ses intérêts ne sont protégés que s'il naît vivant et viable. En droit de la famille, même s'il jouit d'une protection, ses droits ne se concrétisent qu'à sa naissance. En conclusion, la Cour est claire : ni la common law ni le droit civil du Québec ne reconnaissent de personnalité juridique à l'enfant à naître.

Une fois les principes établis, le juge McLachlin traite de la pertinence de permettre une extension de la responsabilité délictuelle de manière à modifier les principes de common law applicables. À ses yeux, il s'agit là d'une réforme majeure qui a des ramifications complexes, suppose des choix d'ordre moral et suscite des conflits entre des droits et des intérêts fondamentaux. Il ne revient pas à la Cour suprême de l'effectuer. Elle souligne que cette réforme aurait notamment :

> « ...un effet immédiat et draconien sur la vie des femmes autant que sur la vie des hommes qui pourraient être internés et traités contre leur gré relativement à un comportement présumé préjudiciable pour autrui. » (par. 20)

Elle est également d'avis que la Cour ne peut exercer sa compétence *parens patriae* en matière de protection des enfants de façon à changer la situation juridique de l'enfant à naître. Le juge note que l'extension de cette compétence soulève les mêmes problèmes sociaux, politiques, moraux et même économiques au sens large que la question de l'extension des règles en matière délictuelle. Elle ajoute que la situation est traitée de la même façon dans la Communauté européenne, en Grande-Bretagne et au Canada en général. En droit, la naissance est une condition obligatoire à l'acquisition de la personnalité juridique. Il ne peut en être autrement puisqu'il existe fondamentalement une incompatibilité entre la protection de l'enfant à naître et la liberté de la femme enceinte.

La Cour refuse de porter atteinte à la vie privée de la femme enceinte, de mettre en péril son droit à la liberté et à l'autonomie et, de ce fait, d'entrer dans un débat de société d'ordre moral et social qui relève davantage à son avis des élus que des tribunaux. La Cour soutient qu'il ne revient pas au tribunal de modifier le droit pour accorder des droits à l'enfant à naître ou pour le protéger, mais au Parlement, qui doit se prononcer sur la question par voie législative sous réserve du respect des droits fondamentaux prévus par la Constitution.

La question du droit au respect de la « vie privée » a donné lieu à deux décisions concurrentes dans le cas de la production de dossiers confidentiels en la possession de tiers. La Cour souligne la reconnaissance similaire accordée à ce droit par chacun des régimes et traite des privilèges génériques protégeant certaines communications à caractère privé dans les deux traditions.

1.1.2 Divulgation de dossiers privés de victimes d'agression sexuelle

- *A.(L.L.)* c. *B.(A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536

En plus de poser une question d'ordre juridictionnel, l'arrêt A.(*L.L.)* c. *B.(A.)* traite de la nature et de l'étendue de la communication à la défense de dossiers de soins socio-psychologiques à la suite d'une agression sexuelle, qui sont en la possession de tiers. La Cour souligne que ces dossiers confidentiels, qui donnent ouverture à une attente raisonnable en matière de respect de leur caractère privé, comprennent notamment les dossiers médicaux ou thérapeutiques (comme ceux visés dans la présente cause), les dossiers scolaires, les journaux intimes et les notes de travailleurs sociaux.

La Cour refuse de reconnaître un privilège générique en matière de protection du caractère privé de ces dossiers mais favorise le cas par cas lorsqu'il est indiqué de le faire, comme dans la présente cause. Au niveau constitutionnel, il s'agit alors de pondérer les valeurs justifiant la reconnaissance d'un privilège dans le cas particulier visé et celles favorisant la production des dossiers. Les valeurs constitutionnelles en jeu dans le contexte sont le droit de présenter une défense pleine et entière, le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité sans discrimination, lesquelles ont été étudiées à fond dans l'arrêt *O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. La Cour rappelle simplement que le respect de la vie privée est un intérêt protégé par la Charte canadienne de même que par la common law et que le droit à cette protection est aussi reconnu au Québec par le *Code civil* et la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Le juge L'Heureux-Dubé fait une étude des privilèges qui ont été reconnus au Canada, aux États-Unis et dans les pays du Commonwealth.

Elle souligne que très peu de privilèges ont été reconnus au Canada, en common law comme dans la législation. En common law, le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif aux indicateurs de police sont reconnus, mais ils ne sont pas absolus, le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ayant préséance dans certains cas. En ce qui a trait à la législation, les communications entre conjoints jouissent d'un privilège en matière criminelle ainsi qu'en matière civile sous le régime de lois provinciales. Le secret des communications religieuses a été reconnu dans la législation de la province de Québec et de Terre-Neuve, et le Québec reconnaît, en matière civile, un privilège législatif à la relation médecin-patient.

En ce qui a trait aux communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle, aucun statut privilégié ne leur a été attribué au Canada, ni en common law ni dans la législation.

Dans les autres pays de common law, on ne reconnaît pas non plus, en matière criminelle, de privilège générique en matière de communications entre une plaignante victime d'agression sexuelle et son conseiller. Aux États-Unis, ce privilège n'existe pas en common law et même si plusieurs États en ont créé un, plusieurs d'entre eux ont été déclarés inconstitutionnels par les tribunaux de ces États parce qu'ils portaient atteinte aux droits garantis aux défendeurs par les Sixième et Quatorzième amendements.

Dans les pays du Commonwealth, tels l'Angleterre, l'Écosse, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, les privilèges sont classifiés selon qu'ils ressortissent au droit privé ou qu'ils relèvent de l'immunité de droit public. En droit privé, aucun privilège ne vient protéger, en common law comme

dans la législation, la relation professionnelle entre un conseiller et une plaignante victime d'agression sexuelle. En ce qui a trait au privilège relatif aux communications entre un médecin et son patient, celui-ci est restreint par voie législative à certaines matières civiles et n'a pas été étendu aux communications visant les consultations pour agression sexuelle. En droit public, l'immunité est accordée au cas par cas, suivant les circonstances particulières de chaque cause si les critères élaborés par la jurisprudence à cet égard sont satisfaits.

- *R.* c. *O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411

Les questions soulevées dans l'arrêt *R.* c. *O'Connor* se rapportent principalement, comme dans l'arrêt A.(*L.L.*) c. *B.(A.)* précité, à la production de dossiers thérapeutiques et médicaux en la possession d'autres personnes que le ministère public. Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans le contexte duquel la Cour examine notamment la notion de « droit à la vie privée » sous l'angle de la common law, du droit civil et du droit comparé.

Si la Cour établit qu'il n'y a pas de tel droit dans le cas de dossiers confidentiels détenus par le ministère public puisqu'on a renoncé à ce caractère confidentiel afin de poursuivre l'accusé, elle considère que la question se pose quand il s'agit de dossiers en la possession de tiers et doit s'apprécier en pondérant l'attente raisonnable face à la protection du caractère privé de ces dossiers et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Le juge L'Heureux-Dubé rappelle que la Cour suprême a souligné à plusieurs occasions la grande valeur accordée à la protection de la vie privée par la société canadienne. Elle a fait valoir le principe du respect de la vie privée dans le cadre des articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et son importance en common law a également été soulignée.

Le juge L'Heureux-Dubé cite le juge Wilson qui, précise-t-elle, a examiné à fond, dans l'arrêt *R.* c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le lien entre la « liberté », la « sécurité de la personne » prévues dans la Charte et la « dignité » humaine. Le juge Wilson affirme que la « liberté » et la « sécurité de la personne » signifient plusieurs choses mais qu'une appréciation objective des dispositions de la Charte exige que le « droit à la liberté » énoncé à l'article 7 soit considéré comme « [...] [garantissant] à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement sa vie privée. » (par. 111, *R.* c. *Morgentaler* précité, par. 171)

Le juge L'Heureux-Dubé affirme que s'il a été précisé dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (*C.-B.*), [1985] 2 R.C.S. 486, que les « principes de justice fondamentale » prévus à l'article 7 de la Charte canadienne découlent des doctrines fondamentales du système de common law et des articles 8 à 14 de la Charte canadienne, « [...] les mots « libertés » et « sécurité de la personne » doivent, en tant qu'aspects essentiels d'une société libre et démocratique, être animés par les droits et les valeurs formulés dans la common law, le droit civil et la Charte. » (par. 113)

La Cour rappelle que le respect de la vie privée est aussi reconnu dans le *Code civil du Québec* aux articles 35 et 36 de même que dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec qui édicte, à l'article 5, que : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée. »

La common law a aussi traditionnellement protégé la vie privée en prévoyant des causes d'action comme l'entrée sans autorisation et la diffamation. À titre d'exemple, la diffamation est sanctionnée dans l'affaire *Hill* c. *Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, où le juge

Cory rappelle que « [...]la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle. » (par. 121)

La Cour mentionne que ce droit a également été reconnu aux États-Unis, notamment dans le célèbre arrêt *Roe* c. *Wade* 410 U.S. 113 (1973), où il est affirmé que la protection de la vie privée est un droit expressément compris dans le terme « liberté » figurant dans le Quatorzième amendement et aussi dans les documents internationaux comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*

Parmi les droits et libertés garantis, le respect de la « dignité » est aussi un droit fondamental qui trouve son expression tant dans la *Charte canadienne des droits et libertés* que dans la *Charte des droits et libertés* de la personne du Québec. La notion de « dignité » a été évoquée dans un arrêt récent en responsabilité civile dans le contexte de grèves illégales des employés d'un centre hospitalier de déficients mentaux.

1.1.3 Droits des bénéficiaires d'un centre hospitalier en cas de grèves illégales des employés

- *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211

L'affaire *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, que nous verrons plus en détail sous la rubrique de la responsabilité civile, a donné l'occasion à la Cour de souligner que l'interprétation du terme « dignité » contenu à l'article 4 de la Charte québécoise ne diffère guère de l'interprétation des termes « dignité humaine » contenus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge L'Heureux-Dubé mentionne que le concept de « dignité humaine » a déjà été interprété sous le régime de la Charte canadienne, notamment par le juge Wilson dans l'arrêt *R.* c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, dans lequel elle soutient que la Charte canadienne et le droit à la liberté individuelle qui y est garanti sont inextricablement liés à la notion de « dignité humaine ». Elle note que cette notion trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la Charte.

Par ailleurs, la Charte québécoise, en plus de consacrer expressément le droit à la sauvegarde de la dignité de la personne dans son article 4, fait de la notion de « dignité » une valeur sous-jacente aux droits et libertés qui y sont garantis en édictant dans son préambule que « [...] tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une protection égale de la loi. » La Cour constate que l'article 4 semble être invoqué surtout en matière de diffamation et qu'il est plutôt inexploré au Québec dans des contextes comme la présente affaire. Le juge se fonde sur les définitions données au concept de « dignité » ainsi que sur les principes d'interprétation large et libérale qui doivent prévaloir en matière de libertés de la personne pour conclure qu'il y a eu atteinte à la sauvegarde de la dignité des bénéficiaires en l'espèce.

Si les libertés fondamentales sont protégées tant par la Constitution que par la législation des différentes provinces canadiennes, la Cour suprême est d'avis que tout ne peut se régler au moyen de la législation portant sur les droits de la personne. En matière d'équité procédurale et de justice naturelle notamment, elle confirme que le droit administratif, une branche du droit public, offre des recours alternatifs. La common law constitue alors partout au Canada le droit substantiel d'où proviendront les solutions juridiques, sauf disposition contraire du texte à appliquer.

1.2 Droit public

Le juge Pigeon affirmait, dans *Rédaction et interprétation des lois*, Publications du Québec (1986), à la page 110, que : « C'est donc la common law qui se trouve le droit fondamental dans la province de Québec en tout ce qui n'est pas *property and civil rights.* ».

Mais s'il est admis qu'au Canada en matière de droit public, en droit criminel comme en droit administratif, la common law s'applique avec les modifications successives que lui auront fait subir au fil du temps la législation et la jurisprudence, une difficulté se pose quand il s'agit d'établir la frontière entre le droit public et le droit privé. Le juge Beetz en fait le constat dans l'arrêt clé en matière de droit administratif, *Laurentide Motels Ltd.* c. *Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la page 721 :

> « Parce que la common law n'établit, en principe, aucune distinction entre le droit public et le droit privé, l'identification de la common law "publique" peut se révéler une tâche difficile. Néanmoins, parce que le Québec comporte deux régimes juridiques, le droit civil et la common law, cette identification doit se faire. »

En tout état de cause, quand il s'agit de délais injustifiés dans les instances engagées devant un tribunal administratif ou de questions de partialité et d'indépendance de la part d'un organisme administratif, la Cour s'en remet exclusivement aux règles de la common law.

- *Blencoe* c. *Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] R.C.S. 44

Ainsi, dans l'arrêt *Blencoe* c. *Colombie-Britannique (Human Rights Commission)* où il est question de délais injustifiés dans une instance intentée devant un tribunal administratif de Colombie-Britannique, le juge Bastarache rappelle que le Parlement et les législatures provinciales sont assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il cite l'arrêt *Eldridge* c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, confirmant que le sont aussi les organismes qui, même s'ils sont indépendants du gouvernement, exercent un pouvoir conféré par une loi comme c'est le cas de la Commission.

Toutefois, il soutient que dans la présente affaire, le délai attribuable à l'État dans la procédure engagée en matière de droits de la personne contre l'intimé n'a pas porté atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne, garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il considère que le droit administratif offre des réparations appropriées puisque le délai écoulé en l'espèce constitue un déni de justice naturelle même si la capacité de l'intimé d'obtenir une audience équitable n'a pas été compromise.

La Cour affirme que la Charte ne peut servir à régler tous les problèmes juridiques et qu'une tentative en ce sens contribuerait même à stériliser l'évolution naturelle et nécessaire de la common law et du droit civil dans notre pays, laissant sous-entendre que possiblement ni le Code civil ni la Charte québécoise ne s'appliqueraient dans une situation semblable dont les faits se seraient produits au Québec.

- *2747-3174 Québec Inc.* c. *Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919

L'affaire *2747-3174 Québec Inc.* c. *Québec (Régie des permis d'alcool)* a pour objet une requête en annulation d'une décision de la Régie des permis d'alcool pour manque d'impartialité et

d'indépendance. La Cour convient à la majorité que la Charte québécoise a préséance mais le juge L'Heureux-Dubé est d'avis que l'analyse doit être faite en fonction du droit administratif.

Le juge Gonthier, se prononçant pour la majorité, conclut que l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec est applicable et annule la décision de la Régie sans invalider la loi constitutive de cet organisme. Il rappelle que l'article 23 de la Charte établit le droit de tout citoyen « [...] à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle. » (art. 23)

Le paragraphe 56(1) précise qu'un « tribunal » inclut notamment « une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires ».

La Cour est d'avis que la décision de révoquer un permis fondée sur une atteinte à la tranquillité publique constitue l'aboutissement d'un processus quasi judiciaire et que l'article 23 vise tant les matières pénales que civiles, l'expression « droits et obligations » étant associée aux matières civiles, même si elle peut s'étendre au-delà, et l'expression « bien-fondé de toute accusation portée contre elle » étant propre au domaine pénal.

Le juge L'Heureux-Dubé, à l'instar de la majorité des juges, conclut qu'il y a lieu d'annuler la décision de la Régie sans invalider sa loi constitutive. Toutefois, elle soutient que la cause relève du droit administratif et qu'à cet égard elle doit être examinée non pas en suivant la méthodologie propre au droit civil mais en suivant celle de la common law puisque « [...] le droit administratif, partie du droit public, est fondé sur la common law dans toutes les provinces canadiennes y compris le Québec. » (par. 76) Elle souligne que la jurisprudence québécoise et celle de la Cour suprême ont bien établi ce principe.

Elle mentionne notamment l'affaire *Laurentide Motels Ltd.* c. *Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, où il était question de négligence de la municipalité en matière de services de protection contre les incendies, et reprend l'opinion qu'elle a émise à cette occasion :

> « L'*Acte de Québec de 1774* a scellé le sort des deux grands systèmes juridiques qui allaient régir le droit applicable au Québec : le droit civil français tel qu'il existait avant 1760 avec ses modifications subséquentes au Québec pour tout ce qui touche à la propriété et aux droits civils (property and civil rights) et la common law telle qu'elle existait en Angleterre à la même époque avec ses modifications subséquentes en ce qui concerne le droit public. » (par. 82, *Laurentide Motels Ltd.* précité, p. 737)

Elle cite M^e^ Louis Philippe Pigeon (Rédaction et interprétation des lois (1978) aux pp. 50 et 51), mentionné également dans cette cause :

> « [...] lorsqu'il s'agit de droit municipal ou de droit scolaire, le fond du droit c'est le droit anglais tout comme en droit administratif généralement. Sur ce point, je citerai une décision très importante de notre Cour d'appel : *Langelier* v. *Giroux,* 52 B.R., 113. [...]
>
> L'arrêt pose donc un principe extrêmement important, savoir que le droit fondamental dans la province de Québec, chaque fois qu'il s'agit de droit public, c'est le droit anglais. Pourquoi? Parce que l'application de la common law, toujours d'après la règle que l'on ne déroge pas au droit commun au-delà de ce qui est exprimé, s'étend à tout ce qui n'est pas exclu formellement. » (par. 81 et 82, *Laurentide Motels Ltd.* précité, p. 738)

Le juge L'Heureux-Dubé poursuit en reprenant les termes qu'elle utilisait dans cet arrêt :

> « [Il est] acquis que la common law qui s'applique au Canada en matière de droit public, en droit criminel comme en droit administratif, à moins de texte législatif l'excluant, est la common law telle qu'elle a été modifiée subséquemment par la législation et la jurisprudence. » (par. 82, *Laurentide Motels Ltd.* précité p. 739-740)

Suivant l'approche préconisée par le juge L'Heureux-Dubé dans la présente affaire, il faut analyser, identifier et énoncer la common law applicable pour ensuite préciser l'effet du droit quasi constitutionnel d'origine législative (la Charte québécoise) sur la common law. Elle rappelle que la législation prime lorsque le législateur codifie la common law et ce, tant au Québec qu'ailleurs au Canada.

Les organismes qui posent des actes quasi judiciaires ou des actes administratifs, tels que la Régie, sont assujettis à l'obligation d'impartialité qui se dégage de la règle de common law *nemo judex in propria sua causa debet esse*. Selon le juge, la Régie a enfreint cette règle en faisant preuve de « partialité institutionnelle de type organisationnel ».

Elle conclut que la Charte québécoise, à cause de sa quasi-constitutionnalité, pourrait avoir préséance sur la common law mais que l'article 23 et le paragraphe 56(1), invoqués en l'espèce, ne sont pas applicables. Le juge L'Heureux-Dubé affirme qu'il faut adopter une approche « moderne » d'interprétation et abandonner la méthode du « sens ordinaire des mots » qui convient mieux aux domaines techniques comme le droit fiscal. L'approche moderne permet de considérer le texte, le contexte, les autres dispositions de la loi, celles des autres lois *in pari materia* et l'historique législatif afin de déterminer l'intention du législateur.

Selon cette approche, l'intention du législateur qui ressort de la lecture conjuguée de l'article 23 et du paragraphe 56(1) de la Charte québécoise est de limiter la portée de l'expression « quasi judiciaire » aux « matières d'importance pénale ». La décision de la Régie de révoquer un permis d'alcool ne tombe pas dans la catégorie des « matières d'importance pénale »; La Charte n'est donc pas applicable en l'espèce. Selon le juge l'Heureux-Dubé, le litige relève du droit administratif, donc de la common law. Par conséquent, la requête en évocation (art. 846 *Code de procédure civile*) est justifiée et doit être accueillie dans les circonstances et la décision de la Régie doit être annulée.

Si la Cour affirme que la common law est applicable à tous quand il s'agit de matières relevant du droit public, en revanche, quand il s'agit de sujets ayant trait à la propriété et aux droits civils, tels la responsabilité civile, le droit de la famille et le droit des contrats, elle confirme que chaque province jouit d'un droit exclusif de légiférer aux termes mêmes de la Constitution et précise les principes applicables selon les ressorts.

Au Québec, c'est d'abord le Code civil qui constitue le droit fondamental applicable à tous, partout où des lois particulières ne viennent pas régir les matières dont il traite. Ailleurs au Canada, c'est la common law qui joue ce rôle vis-à-vis les lois ordinaires de chaque province.

2. Responsabilité civile

La responsabilité civile est un domaine vaste qui fait l'objet de plusieurs interventions de la Cour suprême et c'est aussi le domaine privilégié d'application du droit privé des provinces. La Cour

saisit l'occasion à quelques reprises de comparer les concepts de chacun des régimes de droit selon les situations particulières dont elle est saisie indépendamment de la province où ces situations ont pris naissance. Elle tente de faire des rapprochements entre les notions particulières d'un système par rapport à l'autre et il arrive qu'elle ait recours aux principes de l'un pour conforter sa position dans la résolution de problèmes qui se posent dans le cadre de l'autre régime de droit.

Les décisions retenues durant les sept années examinées en matière de responsabilité civile traitent principalement de la prescription, de la négligence et des dommages.

2.1 La prescription

Les deux décisions qui suivent ont trait à la prescription dans des domaines complètement différents. La première consacre le fait que le *Code civil du Québec* s'applique à tous, dans les matières relevant du droit privé, y compris aux personnes morales de droit public dont les municipalités. La seconde constitue un arrêt de principe qui remet en question, d'une part la « règle du choix de la loi applicable » en matière de droit international privé et, d'autre part, la règle de common law voulant que la prescription soit une règle de procédure applicable aux recours plutôt qu'une règle de fond mettant fin aux droits comme c'est le cas en droit civil.

- *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862

La cause *Doré* c. *Verdun (Ville)*, dont les faits se sont produits au Québec, confirme la préséance du *Code civil du Québec* sur la *Loi sur les cités et villes* (art. 585 *L.C.V.*) qui impose un avis préalable de 15 jours de la date d'un accident comme condition à l'exercice d'une action en réparation du préjudice corporel contre une municipalité. L'article 2930 du *Code civil du Québec* édicte que la prescription en matière de préjudice corporel est de trois ans.

Le juge Gonthier cite les propos du juge Baudoin en Cour d'appel soulignant que le *Code civil du Québec* s'applique à tous quand il est question de droit privé, même aux municipalités, et que son caractère impératif et d'ordre public lui donne préséance sur les lois particulières qui les constituent ainsi que sur celles qui leur sont applicables :

> « Le *Code civil du Québec* est donc, avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, une loi fondamentale. Il constitue le droit commun applicable à tous, même aux personnes morales de droit public. » (par. 6)

Le juge Gonthier mentionne que, contrairement au droit d'origine législative des provinces de common law, le Code civil n'est pas un droit d'exception et que son interprétation doit refléter ce fait. Il constitue le droit commun du Québec, donc le fondement des autres lois portant sur les matières auxquelles il se rapporte et, à ce titre, il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet. La Cour précise qu'une disposition du Code peut aussi restreindre l'application de dispositions de lois particulières même quand elles s'appliquent aux municipalités.

Ainsi, il conclut que « le domaine de la prescription est fondamentalement de droit privé » (par. 29) et que le législateur québécois a exprimé clairement et précisément par l'article 2930 *C.C.Q.* son intention de rendre cette disposition impérative et d'ordre public.

- *Tolofson* c. *Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de)* c. *Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022

L'arrêt *Tolofson* c. *Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de)* c. *Gagnon* se situe dans le contexte d'accidents automobiles impliquant des résidents de différentes provinces.

Le juge La Forest est d'avis que la règle de droit international privé qui devrait s'appliquer en matière de responsabilité délictuelle ne doit plus être la « règle du choix de la loi applicable » mais celle de la loi du lieu où l'événement s'est produit (*lex loci delicti*). Il note que le Québec, suivant la tradition européenne, a adopté l'approche *lex loci delicti* dans sa *Loi sur l'assurance automobile du Québec* ainsi que dans le Code civil (art. 6 *C.C.B.C.* maintenant art.1356 *C.C.Q.*). La tradition de common law, au contraire, ne favorise pas le principe de la territorialité mais plutôt celui de la loi du for (*lex fori*) suivant lequel nos tribunaux devraient appliquer leur propre loi aux fautes commises dans un autre pays. Il soutient d'une part, qu'une règle stricte plutôt que facultative se justifie vu la nature des arrangements constitutionnels canadiens, et d'autre part que l'application de la règle du lieu du délit (*lex loci delicti*) garantit qu'un acte commis dans une partie du pays aura le même effet juridique partout, ce qui fait en sorte que le justiciable n'est pas encouragé à rechercher le tribunal le plus favorable à sa cause et que la mobilité des Canadiens est préservée.

Au sujet de la prescription, le juge maintient qu'elle constitue une règle de fond ayant pour effet de supprimer un droit plutôt qu'une règle de procédure visant le recours uniquement. En conséquence, suivant la règle *lex loci delicti*, la prescription doit être conforme à la loi du lieu où le délit s'est produit plutôt qu'à celle du tribunal saisi.

La common law a toujours considéré la prescription comme une règle de procédure alors que la plupart des pays de droit civil la rattachent au droit substantiel. Le juge est d'avis que la règle de common law n'a plus sa place dans un contexte moderne, que les tribunaux ont déjà commencé à en réduire la portée non seulement dans le domaine du droit international privé mais dans d'autres matières.

Si la prescription en matière de responsabilité civile appartient au droit substantiel de chacune des provinces, les règles régissant la preuve en matière de responsabilité pour négligence sont également différentes selon les ressorts, sous réserve toutefois de quelques concordances établies par la Cour suprême.

2.2 La négligence

Au chapitre de la négligence, la Cour souligne brièvement l'analogie des régimes juridiques en ce qui a trait à certains éléments de preuve nécessaires pour fonder la responsabilité. Elle traite en particulier de la norme de diligence et du lien de causalité. Dans les deux causes qui suivent, émanant de tribunaux de common law, elle effectue des rapprochements avec les principes de droit civil applicables dans le cadre d'appels interjetés de tribunaux du Québec.

- *Ryan* c. *Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201

Dans l'arrêt *Ryan* c. *Victoria (Ville)*, la Cour établit le principe voulant que désormais les compagnies ferroviaires soient liées par les règles du droit commun quand il s'agit d'accidents mettant en cause leur responsabilité. Elle précise que ces règles sont semblables, quel que soit le régime juridique auquel ces compagnies sont assujetties.

Depuis plus de 90 ans, les compagnies de chemin de fer bénéficient d'une « règle spéciale » en common law qui limite leur « obligation de diligence » envers le public. C'est-à-dire que dans la

mesure où elles se conforment aux obligations prévues par les lois, règlements et ordonnances administratives qui leur sont applicables, la norme de diligence à laquelle elles seraient assujetties se limiterait à l'obligation d'agir d'une manière objectivement raisonnable. Mais la Cour affirme que cette règle ne peut plus se justifier au plan des principes et que l'observation d'une norme de diligence d'origine législative ne saurait avoir l'effet d'abroger ou de remplacer l'obligation de respecter la norme de diligence prévue par la common law.

Le juge Major s'appuie sur la décision du juge Pratte dans une affaire semblable ayant pris naissance au Québec, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* c. *Vincent*, [1979] 1 R.C.S. 364. Il souligne que « Même s'il s'agissait d'une affaire de droit civil du Québec, l'analyse du juge Pratte est instructive, en particulier parce que la norme de diligence prévue par la common law est analogue à l'obligation de prudence raisonnable du Code civil. » (par. 37)

Le juge Pratte indiquait dans cette affaire que même si la compagnie ferroviaire avait observé les prescriptions législatives ou réglementaires spéciales applicables, elle n'était pas soustraite au régime de droit commun en matière de responsabilité civile, c'est-à-dire qu'elle pouvait se rendre coupable de négligence au sens du Code civil.

Le juge Major, qui rend la décision pour la majorité dans le présent pourvoi, conclut dans le même sens. Il affirme que l'observation d'une norme de diligence d'origine législative n'a pas pour effet d'abroger ni de remplacer les obligations qui incombent aux compagnies ferroviaires en vertu des principes de droit commun (ici la common law) ayant trait à la négligence. La compagnie de chemins de fer doit prouver qu'elle a agi de la façon dont une personne prudente et raisonnable l'aurait fait en pareilles circonstances.

- *Arndt* c. *Smith*, [1997] 2 R.C.S. 539

L'arrêt *Arndt* c. *Smith* concerne une poursuite pour négligence médicale fondée sur l'omission d'informer adéquatement une patiente enceinte qui avait contracté la varicelle, des risques de dommages au fœtus qu'elle portait. Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La majorité des juges affirment que pour établir la négligence, il faut tenir compte d'une combinaison de facteurs objectifs et subjectifs afin de déterminer si l'omission de divulguer l'information a vraiment causé le préjudice. Ils se réfèrent au « critère objectif modifié » de la common law qui a été énoncé dans l'arrêt *Reibl* c. *Hugues*, [1980] 2 R.C.S. 880. Ce critère exige que le tribunal évalue ce qu'une patiente raisonnable, placée dans la même situation que la demanderesse, aurait fait si elle avait eu à choisir.

Le juge McLachlin est plutôt d'avis que la question de la causalité doit s'apprécier à la lumière de la croyance « subjective » de la patiente quant à la conduite qu'elle aurait adoptée si elle avait été informée, ce qui n'exclut pas la prise en compte d'éléments objectifs comme sa situation, ses attitudes au moment où elle a pris sa décision et les conseils médicaux donnés à ce moment.

Elle cite les propos du juge Gonthier dans une affaire ayant pris naissance au Québec, *Laferrière* c. *Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, et précise que même si cet arrêt s'inscrit dans le contexte du droit civil, le juge Gonthier, qui rédige le jugement majoritaire, se réfère plusieurs fois à la common law laissant ainsi entendre que les principes analysés peuvent également être appliqués dans d'autres provinces. Le juge Gonthier y rappelait qu'en droit civil, le lien de causalité « doit être établi selon la prépondérance des probabilités, compte tenu de toute la preuve, c'est-à-dire la

preuve factuelle, la preuve statistique et les présomptions ». (par. 43, *Laferrière* c. *Lawson* précité, p. 609).

S'il est admis que la preuve en responsabilité pour négligence est un domaine qui peut se prêter à certains rapprochements entre les deux systèmes de droit, il n'en va pas de même en matière d'indemnisation des pertes pécuniaires et non pécuniaires, où la comparaison se heurte à certaines difficultés de principe.

2.3 L'indemnisation du préjudice

Les tribunaux de common law ont toujours éprouvé une certaine réticence à indemniser la perte économique découlant de la négligence d'un tiers ainsi que le préjudice moral causé par ricochet à des victimes. D'une part, les tribunaux étaient d'avis que les intérêts économiques ne méritaient pas la même protection que l'intégrité du corps humain ou les biens et d'autre part, les dommages non pécuniaires n'étaient tout simplement pas recouvrables en vertu des principes traditionnels de la common law. Dans les ressorts de droit civil, tant en France qu'au Québec, cette distinction de principe liée à l'indemnisation n'existe pas, indemnisation *in integrum* étant la règle. Ainsi, le droit n'établit pas de différence entre les types de dommages et l'indemnisation repose entièrement sur la preuve de l'existence d'une faute, d'un préjudice et du lien de causalité entre ces deux éléments.

En ce qui a trait aux dommages-intérêts exemplaires, c'est le droit civil qui historiquement est réfractaire au principe puisque le caractère punitif et dissuasif de cette forme d'indemnisation le ferait plutôt relever du domaine de la responsabilité pénale. Toutefois, les tribunaux québécois ont récemment ouvert la porte à l'indemnisation de tels dommages mais de façon restreinte. La common law, pour sa part, ne fait pas obstacle à l'attribution de dommages-intérêts exemplaires.

Les décisions qui suivent font l'étude de ces principes dans différents contextes, notamment en droit maritime, et en présentent les applications dans diverses provinces. La Cour discute aussi d'autres règles, subsidiaires à la question principale, et en fait l'analyse selon les régimes juridiques en cause.

Les décisions répertoriées sont regroupées sous deux rubriques, soit celle des dommages-intérêts pour la perte économique subie à la suite de dommages aux biens d'un tiers (perte économique relationnelle) et celle des dommages-intérêts moraux et exemplaires.

2.3.1 Dommages-intérêts pour la perte économique subie à la suite de dommages aux biens d'un tiers (perte économique relationnelle)

- *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.* c. *Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210

L'affaire *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.* c. *Saint John Shipbuilding Ltd.* se situe dans le cadre d'une réclamation en dommages-intérêts pour les pertes économiques subies par les sociétés locataires d'une plate-forme de forage dont elles sont obligées d'interrompre l'exploitation pendant les réparations effectuées à celle-ci à la suite d'un incendie. Le pourvoi fait aussi intervenir la question des principes applicables à la négligence contributive en droit maritime de même que les règles relatives à la solidarité et à la contribution en matière de recouvrement.

Le juge McLachlin souligne que la perte économique subie à la suite de dommages causés aux biens d'un tiers souvent désignée en common law comme une perte économique relationnelle

découlant d'un contrat, a traditionnellement été considérée comme ne donnant pas lieu à indemnisation.

Elle procède à l'étude comparée des différents systèmes de droit. En Angleterre, le droit actuel ne permet pas d'accueillir une telle demande d'indemnisation. Toutefois :

> « Dans les systèmes de droit civil du Québec et de la France, par contraste, le droit ne fait pas de distinction entre la perte découlant des dommages causés aux biens d'une personne et la perte découlant des dommages causés aux biens d'autrui. Si les juges appliquant le droit civil restreignent l'indemnisation, ce n'est pas parce que le droit les y oblige mais parce que les faits et le lien de causalité le justifient. » (par. 44)

Elle précise que dans les provinces canadiennes de common law, le droit se situe entre ces deux extrêmes. Même si elle est exceptionnelle en matière délictuelle, il existe des cas en jurisprudence canadienne où indemnisation d'une telle perte a été accordée. L'arrêt de principe en la matière a été rendu dans l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* c. *Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021. Il est établi, dans cet arrêt, que si la personne qui réclame des dommages-intérêts et la personne dont le bien a été endommagé participent à une « entreprise conjointe », la perte économique indirecte résultant du dommage causé à ce bien peut être réclamée.

La Cour applique à l'espèce les critères reconnus par la jurisprudence. Elle conclut qu'une obligation de diligence a pris naissance entre les parties parce que le lien qu'elles avaient entre elles était suffisamment étroit pour que les défenderesses se doutent que les demanderesses risquaient de perdre de l'argent si la plate-forme de forage cessait de fonctionner. En conséquence, les défenderesses avaient l'obligation de mettre les demanderesses en garde au sujet de l'utilisation du produit qui a provoqué l'incendie. Toutefois, la Cour écarte la responsabilité des défenderesses, au motif qu'en leur imposant l'obligation d'avertir du risque, on les expose à une avalanche de poursuites qu'un nombre illimité de personnes pourraient éventuellement initier. Or, en matière délictuelle la Cour suprême a toujours considéré l'impossibilité de délimiter le nombre de poursuites comme un obstacle à la condamnation à la responsabilité.

En ce qui a trait à la fin de non-recevoir en cas de négligence contributive, la Cour est d'avis que cette question relève du droit maritime en l'espèce et qu'elle doit être réglée selon l'ensemble des règles de droit maritime établies par le Parlement canadien. Cet ensemble de règles relève de la compétence exclusive du Parlement.

La Cour précise qu'en l'absence de loi fédérale ayant trait à la négligence contributive en matière de délits maritimes, comme c'est le cas au moment où la Cour entend la présente cause, les principes de common law incorporés dans le droit maritime canadien sont applicables. Toutefois, il y a lieu d'apporter un changement à la common law conformément aux exigences de la justice et de l'équité et afin que le droit maritime « suive l'évolution et le dynamisme de la société ». Ainsi, la Cour conclut qu'il n'y a pas lieu de maintenir le principe de la fin de non-recevoir d'une réclamation à cause de la négligence contributive d'un demandeur. Les provinces canadiennes de common law ainsi que le Québec (art. 1478 *C.C.Q.*) ont aboli cette règle en matière de délits non maritimes et elles prescrivent maintenant la répartition. En Angleterre, en Australie ainsi qu'aux États-Unis la répartition est la règle en matière de délits maritimes.

De même, la Cour impose un changement dans la common law en matière de délits maritimes en ce qui a trait à la répartition du dommage. Elle déclare la solidarité des défenderesses sous réserve du droit de chacune de demander contribution à l'autre en cas de versement d'une somme supérieure à sa part de responsabilité. Ces principes sont également en accord avec la législation de la plupart des provinces ainsi qu'avec le *Code civil du Québec* (art. 1523 et 1526 *C.C.Q.* pour la solidarité et art.1536 *C.C.Q.* en matière de contribution).

Les arrêts qui suivent traitent de l'indemnisation des dommages-intérêts moraux, particulièrement de l'indemnisation de la perte de conseils, de soins et de compagnie, en droit maritime et dans d'autres domaines. On note l'ouverture de la Cour à reconnaître certains dommages-intérêts moraux en common law, ce qui constitue un rapprochement avec la tradition civiliste.

Dans ces arrêts, on aborde également la question des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire dans le cas d'accidents mortels en matière maritime, de préjudice lié à la perte de vie ou de la perte d'expectative de vie, des droits parentaux ainsi que des principes de preuve applicables aux recours collectifs fondés sur la responsabilité civile. Ces causes constituent aussi des arrêts de principe dans le domaine des dommages-intérêts exemplaires maintenant reconnus au Québec.

2.3.2 Dommages-intérêts moraux et exemplaires

- *Succession Ordon* c. *Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437

L'affaire *Succession Ordon* c. *Grail* concerne l'indemnisation du préjudice subi par les occupants d'une embarcation lors d'un accident de navigation.

La Cour rappelle que le droit maritime constitue un droit autonome de juridiction fédérale, fondé sur le droit anglais de l'amirauté de 1934 tel que modifié par la suite par le Parlement du Canada et la jurisprudence canadienne. Ce droit s'applique uniformément à toutes les provinces et il écarte toutes les lois provinciales en cas d'action pour négligence en matière maritime. La Cour affirme que le droit maritime doit quand même suivre l'évolution et le dynamisme de la société comme l'ont fait le droit civil et la common law.

Elle observe que le droit maritime anglais, qui a été incorporé au droit maritime canadien en 1934, constituait un amalgame de principes émanant à la fois de la common law et de la tradition civiliste et que même si la plupart des règles de droit maritime, y compris en matière de responsabilité délictuelle, trouvent leur source dans la common law anglaise, il est avantageux de prendre en compte l'expérience d'autres pays, notamment ceux de tradition civiliste.

Ainsi, la Cour est d'avis que, même si historiquement en common law, les dommages-intérêts accordés à la suite d'accidents mortels ne visaient que les pertes pécuniaires, il convient que les tribunaux changent ces règles et acceptent d'indemniser les pertes non pécuniaires. La Cour estime en outre que les règles non législatives de droit maritime doivent être modifiées pour concorder avec les conceptions modernes d'équité et de justice de façon à permettre l'indemnisation des personnes à charge pour la perte de conseils, de soins et de compagnie d'un conjoint, d'un père ou d'une mère, d'un enfant, etc., victime d'un accident mortel ou blessé dans un accident de navigation.

De même, la Cour convient que le droit maritime canadien doit être modifié pour permettre qu'un exécuteur testamentaire puisse intenter, au nom du défunt, toute action que ce dernier aurait pu exercer s'il avait survécu. Elle note que ce changement est grandement justifié étant donné que toutes les provinces de common law ont adopté des mesures législatives à cet effet, que le Code civil au Québec le prévoit depuis longtemps (art. 596 et 607 *C.C.B.C.*, maintenant art. 625 *C.C.Q.*) et que la pratique est courante dans les pays de common law et de droit civil un peu partout dans le monde.

- *Augustus* c. *Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268

L'affaire *Augustus* c. *Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, concerne une action intentée à la suite du décès, causé par le coup de feu d'un policier, d'un jeune homme de 19 ans de race noire. La cause a pris naissance au Québec et la mère du garçon réclame des dommages-intérêts compensatoires à titre de *solatium doloris* (consolation de la douleur morale) en vertu des articles 1053 et 1056 *C.C.B.C.* Elle réclame également des dommages-intérêts pour la perte d'expectative de vie suivant les articles 1 et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Cour examine subsidiairement s'il est approprié dans ce cas d'octroyer des dommages-intérêts exemplaires conformément aux principes dégagés dans l'arrêt *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 (dont nous traiterons plus loin).

Le juge L'Heureux-Dubé, se prononçant pour la Cour, fait la genèse du *solatium doloris* en droit civil québécois et souligne que ce concept n'est plus contesté devant la Cour suprême. Elle confirme qu'en matière de dommages-intérêts moraux au Québec, c'est au droit français qu'il faut se référer et non au droit anglais, et que contrairement à la common law, le droit civil accorde réparation à une victime par ricochet pour le préjudice moral découlant du décès d'une personne. La Cour rappelle qu'en droit civil, tout préjudice, moral ou matériel, peut être indemnisé si la preuve est faite d'un fait dommageable pour la victime et d'une faute de la part de l'auteur du délit.

La Cour précise que le *solatium doloris* fait partie des préjudices moraux indemnisables et qu'il comprend tous les préjudices extra-patrimoniaux résultant du décès d'un être cher, du chagrin immédiat comme la perte de soutien moral futur.

Jusqu'à maintenant la jurisprudence québécoise, se croyant liée par la règle de l'exclusion du *solatium doloris* à titre de dommage compensable (suivant l'arrêt historique *Canadian Pacific Raylway Co.* c. *Robinson* (1887) 14 R.C.S. 105), n'a pas été portée à indemniser la totalité du préjudice subi. Elle note les différences frappantes qui existent entre le montant des dommages-intérêts non pécuniaires accordés dans certains contextes par rapport à ceux, forts modiques, alloués aux parents d'un enfant qui perd la vie par la faute d'un tiers.

L'arrêt *Robinson* visait l'application uniforme au Canada de la règle du non-recouvrement pour *solatium doloris* et reflétait la réticence traditionnelle de la common law à reconnaître les pertes non pécuniaires. Cette décision, qualifiée d'erreur historique n'ayant plus d'importance aujourd'hui étant donné l'absence de dispositions équivalentes à l'article 1056 *C.C.B.C.* dans le *Code civil du Québec*, a quand même marqué majoritairement la jurisprudence du Québec. Malgré les décisions antérieures et contemporaines, au contraire, les tribunaux québécois se sont quasi unanimement opposés à l'indemnisation du *solatium doloris*. Ceux-ci indemnisaient plutôt les conséquences pécuniaires du chagrin comme la perte de soutien moral ou la dégradation de la santé suite au décès d'une personne.

Pourtant, la Cour souligne que le droit français a toujours reconnu que le préjudice moral résultant du décès d'un proche était compensable. La Belgique et l'Écosse l'ont aussi accepté comme l'ont fait plusieurs pays de common law, notamment certains États des États-Unis et d'Australie.

Ailleurs au Canada, dans les provinces de common law, le droit de réclamer des dommages-intérêts à cause du décès d'un tiers est prévu par des lois particulières qui sont interprétées de façon à ne couvrir que les dommages pécuniaires. L'indemnisation des pertes autres que pécuniaires est prévue dans certaines législations, notamment en Alberta et au Nouveau-Brunswick.

La Cour souligne que les tribunaux du Québec, comme ceux des autres provinces du Canada ont toujours refusé, par contre, de reconnaître que le préjudice lié à la perte de vie ou à la perte d'expectative de vie donne droit à des dommages-intérêts compensatoires. Le « droit à la vie » a été interprété comme un droit incessible, qui prenait fin à la mort de son titulaire.

L'indemnisation de l'atteinte aux droits parentaux, c'est-à-dire le droit de conserver et de continuer une relation parent-enfant, est aussi rejetée par la Cour puisque ce droit n'est reconnu ni par la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

En ce qui a trait aux dommages-intérêts exemplaires, la Cour appuie le jugement de la Cour d'appel qui rejette l'octroi de tels dommages-intérêts au motif que l'atteinte illicite au droit à la vie, protégé par la Charte, n'a pas été commise de façon intentionnelle au sens du deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte. La Cour d'appel affirme que la seule interprétation du terme « intentionnelle » à retenir, compte tenu du contexte historique et de la spécificité du droit civil, est l'atteinte réellement intentionnelle, ce qui exclut les atteintes par insouciance ou négligence.

Une interprétation des notions d'atteinte « illicite et intentionnelle » est donnée dans l'affaire précitée, *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, que la Cour reprend en l'espèce. Pour que l'atteinte soit qualifiée d'illicite et d'intentionnelle, l'auteur de l'atteinte illicite doit être dans « [...] un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore qu'il agisse en toute connaissance des conséquences immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera » (par. 77, *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand* précité, par.121).

Dans la présente affaire, la Cour conclut que l'atteinte n'était pas intentionnelle et que le contrôle à distance d'un suspect au moyen d'une arme étant « pratique courante » dans les forces policières, les conséquences du geste posé ne peuvent être qualifiées « d'immédiates et naturelles » ou même « d'extrêmement probables ».

- *Béliveau St-Jacques* c. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345

L'arrêt *Béliveau St-Jacques* c. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.* vise à déterminer si une victime de harcèlement au travail qui a obtenu une indemnité en vertu de la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles* (art. 438 LATMP) du Québec, suite à une lésion professionnelle liée à l'événement, peut aussi obtenir une réparation fondée sur la

responsabilité civile en vertu de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* (art. 49). La Cour examine le cas des dommages-intérêts compensatoires et des dommages-intérêts exemplaires.

Le juge Gonthier, se prononçant pour la majorité, est d'avis que l'article 49 de la Charte offre un recours en responsabilité civile qui ne se distingue pas du droit commun en cette matière. Il considère que la Charte n'offre pas de recours original, ni de nature compensatoire ni de nature exemplaire. Le régime qu'elle crée chevauche celui du droit commun et dans ce sens il n'autorise pas la double indemnisation pour un même événement. La LATMP prévoit en effet un régime d'indemnisation exclusif semblable à celui de la Colombie-Britannique et d'autres provinces canadiennes. Il s'agit d'un régime législatif d'assurance et de responsabilité collective sans égard à la faute qui remplace les anciens régimes de responsabilité civile individuels fondés sur la faute, et est axé sur l'indemnisation et donc, sur une forme de liquidation définitive des recours.

Le juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie, précise que le régime d'indemnisation sans faute que constitue la *LATMP* vise le même objectif compensatoire que celui du premier alinéa de l'article 49, même s'il n'indemnise la victime que de façon partielle, entre autres parce que l'indemnisation des dommages moraux ne semble pas possible en vertu de la loi. Elle conclut, à l'instar de son collègue sur ce point, que la *LATMP* ne permet pas l'existence d'un régime parallèle d'indemnisation. Toutefois, elle est d'avis qu'il n'y a pas de chevauchement entre le recours en dommages-intérêts exemplaires prévu au deuxième alinéa de l'article 49 et la *LATMP* ou le régime de droit commun. Selon le juge L'Heureux-Dubé, le redressement de nature punitive et dissuasive que permet ce recours serait ouvert à la victime si d'une part, les éléments qui découlent des principes généraux de la responsabilité en droit civil (en vertu de l'article 1053 du *C.C.B.C.*, aujourd'hui l'article 1457 *C.C.Q.*), sont prouvés, soit la faute, le préjudice et le lien de causalité, et d'autre part s'il y a preuve du caractère « illicite et intentionnel » de l'atteinte au droit visé par le deuxième alinéa de l'article 49.

Les juges de la Cour s'entendent pour dire que la notion de dommages-intérêts exemplaires a toujours été étrangère au système civiliste. La fonction du régime de responsabilité délictuelle est compensatoire aux termes du *Code civil du Bas Canada*, et aujourd'hui du *Code civil du Québec*, et l'indemnité accordée représente la perte subie ainsi que le gain manqué. Les fonctions punitive et dissuasive relèvent plutôt du domaine de la responsabilité pénale.

Toutefois, le législateur québécois a récemment permis que, à l'instar de la common law, des dommages-intérêts exemplaires soient octroyés dans certains cas. Selon l'article 1621 du *C.C.Q.*, des dommages-intérêts exemplaires peuvent être accordés, à certaines conditions, en vertu de certaines lois particulières à vocation sociale. Mais ce type de redressement n'a pas été élevé au niveau des principes généraux, et il demeure donc une exception en droit civil québécois. La France, pour sa part, a catégoriquement rejeté depuis le XVII[e] siècle l'octroi de dommages-intérêts exemplaires. L'indemnisation du préjudice constitue toujours dans ce pays le seul but reconnu en matière de dommages-intérêts.

- *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 345

Dans la cause *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, la Cour reconnaît que les inconvénients auxquels les grèves illégales des employés de l'hôpital St-Ferdinand au Québec ont donné lieu, constituent un préjudice moral sous le régime

général de la responsabilité civile mais aussi portent atteinte à la « dignité » des bénéficiaires, droit reconnu par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (*L.R.Q., ch. C-12*, art. 4). Plus particulièrement, la Cour traite des règles de preuve applicables au recours collectif, de l'évaluation du préjudice moral ainsi que de l'octroi de dommages-intérêts exemplaires en vertu de la Charte québécoise des droits de la personne.

Le juge L'Heureux-Dubé, qui rend le jugement pour la Cour, affirme que les principes de base en matière de preuve civile sont applicables à tout recours de droit civil au Québec, y compris le recours collectif. La preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité est nécessaire selon la prépondérance de la preuve pour tous les membres du groupe formant le recours. La Cour souligne que le *Code de procédure civile* ne présente aucune exception au principe, le livre neuvième du code ne faisant qu'adapter au recours collectif les moyens ordinaires de faire valoir un droit.

La Cour souligne que la preuve par présomption, c'est-à-dire indirecte ou indiciaire, est pleinement reconnue dans la tradition de droit civil et s'applique au recours collectif comme à tout autre recours civil. Elle précise qu'au Québec (comme c'est le cas en France aussi) deux types de présomptions sont admises, les présomptions légales, établies par le législateur et les présomptions de fait, laissées à la discrétion du tribunal (art. 1238 *C.C.B.C.*, maintenant l'art. 2846 *C.C.Q.*). Au Québec, la jurisprudence exige toutefois que la présomption de fait soit grave, précise et concordante.

En ce qui a trait au préjudice moral, la Cour renvoie à la trilogie des arrêts *Andrews* c. *Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Arnold* c. *Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287 et *Thornton* c. *Board of School Trustes of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267 ainsi qu'à l'arrêt *Lindal* c. *Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629, qui s'est ajouté par la suite. Ces causes établissent les principes de l'indemnisation pour préjudice moral ainsi que la méthode de calcul des dommages-intérêts.

Dans l'affaire *Andrews*, le juge Dickson mentionne trois méthodes d'analyse des pertes non pécuniaires. Tout d'abord, l'approche « conceptuelle », où chaque faculté humaine est considérée « [...]comme un bien propre ayant une valeur objective, indépendamment de l'usage qu'en fait l'individu ou de la jouissance qu'il en tire. » Le droit français favorise en pratique cette méthode d'évaluation et la jurisprudence québécoise abonde d'exemples en ce sens.

Ensuite, l'approche « personnelle », se fonde sur l'évaluation spécifique de la perte. L'indemnisation dépend alors de l'évaluation subjective de la douleur et des inconvénients découlant des blessures subies par la victime. Au Québec, il arrive que cette approche soit utilisée pour le calcul de l'indemnisation de préjudices de moyenne et de faible importance.

Enfin, l'approche « fonctionnelle » vise à fixer une indemnité suffisante pour fournir à la victime une « consolation raisonnable pour ses malheurs ». Cette approche a été retenue dans les circonstances particulières de chacun des arrêts de la trilogie mentionnés plus haut, ainsi que dans l'arrêt *Lindal*. Au Québec, les auteurs ne s'entendent pas sur la pertinence de cette approche et les tribunaux ne la favorisent pas non plus, même si c'est là une méthode que les juridictions de common law semblent privilégier.

En l'espèce, le juge L'Heureux-Dubé choisit de fractionner la question de façon à examiner d'abord le droit d'être indemnisé pour des dommages moraux et ensuite l'évaluation du dommage.

En ce qui a trait au droit à l'indemnisation, la conception objective du préjudice devrait être adoptée en droit civil, selon le juge, puisqu'elle s'accorde avec les principes fondamentaux du droit civil au Québec. La fonction du régime de responsabilité civile québécois est de réparer le préjudice de façon intégrale (*restitutio in integrum*), c'est-à-dire que la perte subie du fait d'un comportement fautif sera indemnisée sans égard au fait que la victime ne soit pas en état d'en bénéficier ou n'en ait pas conscience (la réparation du préjudice moral est expressément prévue à l'article 1457 *C.C.Q.*). La conception subjective de la réparation du préjudice moral n'a pas sa place en droit civil puisqu'elle est conditionnelle à la capacité de la victime de profiter de la compensation monétaire. Le juge L'Heureux-Dubé souligne qu'à ce chapitre, il se peut que la règle applicable en droit civil soit différente de celle qui prévaut en common law mais elle considère qu'il n'y a pas lieu d'en décider dans la présente cause.

En matière d'évaluation, le juge L'Heureux-Dubé soutient que les trois approches se complètent et doivent s'appliquer conjointement pour favoriser l'évaluation personnalisée du préjudice moral. Même si les tribunaux québécois n'ont pas adopté uniformément la méthode « fonctionnelle », il ressort de la jurisprudence et de la doctrine québécoises que les trois méthodes interagissent, selon le juge. Elle conclut que l'approche « fonctionnelle » telle que définie dans la trilogie et dans l'arrêt *Lindal* devrait être utilisée en ce qui a trait à l'évaluation du montant des dommages-intérêts pour préjudice moral. Pour appuyer cette conclusion, elle cite le juge Dickson dans l'arrêt *Andrews* (précité p. 262), qui précise que cette méthode vise à calculer les « moyens matériels de rendre la vie de la victime plus supportable, [...] puisqu'il faut accepter le fait que cette perte, [subie] ne peut en aucune façon être réparée directement. »

Considérant les dommages-intérêts exemplaires, le juge L'Heureux-Dubé estime que les inconvénients occasionnés par les grèves illégales des employés constituaient non seulement un préjudice moral qui peut être réparé sous le régime général de la responsabilité civile (art. 1053 *C.C.B.C.*, maintenant 1457 *C.C.Q.*), mais aussi une atteinte « illicite et intentionnelle » au droit à la dignité des bénéficiaires de l'hôpital au sens du deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise, droit protégé par l'article 4 de celle-ci.

L'atteinte est « illicite » parce que le préjudice dont les bénéficiaires ont souffert résulte d'un comportement fautif aux termes de l'article 1053 *C.C.B.C.* Le comportement fautif est celui de l'auteur qui transgresse la norme de conduite raisonnable dans les circonstances ou la norme dictée par la Charte. Ce même raisonnement est suivi par le juge Gonthier dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques* c. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.* (précité, par. 120).

L'atteinte « intentionnelle » est celle qui est voulue ou connue de son auteur. La norme de preuve est plus stricte que pour la « faute lourde » traditionnellement admise en droit civil et qui permet d'invoquer la simple négligence ou l'insouciance de son auteur. Le juge L'Heureux-Dubé explique, à l'instar du juge Gonthier dans l'affaire *Béliveau St-Jacques* c. *Fédération des employées et employés de services publics Inc.* (précité par. 126), qu'il en est ainsi parce que les dommages-intérêts exemplaires octroyés en vertu de la Charte ont, comme en common law, une fonction punitive et dissuasive plutôt que compensatoire comme le prévoit d'ailleurs le nouvel article 1621 *C.C.Q.*

Les tribunaux canadiens reconnaissent que l'indemnisation en matière de responsabilité civile doit s'adapter aux nécessités de la vie moderne. Le droit de la famille doit aussi répondre à cet impératif et tenir compte en outre des changements importants dans les rapports entre conjoints et

de la mobilité grandissante des individus. Les conventions internationales auxquelles le Canada est partie reflètent déjà cette réalité.

3. Droit de la famille

Le droit de la famille est source de recours fréquents devant les tribunaux canadiens bien qu'ils soient généralement réglés à un niveau de juridiction inférieur à celui de la plus haute cour du pays. Celle-ci intervient toutefois quand il s'agit d'interpréter des concepts figurant dans des documents internationaux auxquels le Canada est partie ou encore de discuter de principes généraux comme celui de l'ingérence de l'État dans les droits des individus. Dans les arrêts qui suivent, les principes régissant la protection des enfants, le droit de garde et l'obligation alimentaire sont remis en cause dans des contextes particuliers.

3.1 Droit de garde d'enfants

Les deux premiers arrêts présentés sous cette rubrique traitent des fondements juridiques du concept de « garde des enfants » en contexte de déplacement international.

La Cour note que l'évolution du droit de garde s'est faite dans le même sens dans les deux systèmes de droit. Le principe veut que, sous les deux régimes, le choix du lieu de résidence, qui fait partie du droit de garde, revienne automatiquement au parent gardien. La question a toutefois été débattue dans le cas où l'application du principe est susceptible d'entraîner un changement important dans la situation de l'enfant.

La troisième décision soulève la question de la compétence *parens patriae* de l'État et des tribunaux de common law en matière de protection des enfants.

- *Gordon* c. *Goertz,* [1996] 2 R.C.S. 27

Dans la cause *Gordon* c. *Goertz,* la Cour suprême fait l'analyse du concept de garde d'enfants en cas de changement de résidence du parent gardien. Dans cette affaire, la Cour conclut à la majorité que la mère doit conserver la garde de l'enfant, en dépit de son intention de déménager en Australie, et que le père doit pouvoir exercer son droit de visite non seulement en Australie mais aussi au Canada.

Le juge McLachlin, qui se prononce pour la majorité, est d'avis que la preuve doit d'abord être faite lorsqu'un changement important est survenu dans la situation de l'enfant pour que le juge puisse rendre ensuite sa décision fondée sur le meilleur intérêt de l'enfant au regard de la nouvelle situation.

Le juge L'Heureux-Dubé, tout en souscrivant à la décision du juge McLachlin, souligne que le concept de garde ne soulève plus de controverse en droit canadien. Elle se fonde sur un certain nombre de prémisses fondamentales non controversées à cet égard pour justifier son analyse. Elle conclut que le choix du lieu de résidence de l'enfant revient au parent gardien et, à cet égard, elle s'oppose au juge McLachlin qui estime que la preuve de l'existence d'un changement important peut faire remettre ce droit en cause.

Le juge L'Heureux-Dubé propose une brève revue de la notion de garde en common law, dans la *Loi sur le divorce* et dans les lois provinciales, de même qu'en vertu du *Code civil du Québec* et

examine également les documents internationaux pertinents ainsi que les principes applicables dans d'autres ressorts.

Après examen de la common law, elle conclut :

> « Ainsi, la common law a traditionnellement reconnu un concept large et global de la garde, concept qui habilite la personne qui en est le titulaire à déterminer, notamment, le lieu de résidence de l'enfant, sous réserve, d'une part, du droit du parent non-gardien de s'opposer à ce choix en demandant une ordonnance modificative des dispositions relatives à la garde ou à l'accès et, d'autre part, de restrictions qui peuvent être justifiées selon les faits de l'affaire. »

En ce qui a trait à la *Loi sur le divorce*, elle soutient que la notion de garde est bien établie dans la jurisprudence et chez les auteurs canadiens et que rien dans la loi ne permet de douter que l'intention du législateur ait été autre que celle de donner à la notion de garde la définition reconnue en common law. Elle souligne que la jurisprudence, tant du Québec que des autres provinces, reconnaît que le droit de décider de la résidence d'un enfant revient au parent gardien en tant que mesure accessoire à la garde.

Les définitions de garde que donnent les lois provinciales sont aussi conformes à la notion de garde acceptée en common law et sous le régime de la *Loi sur le divorce*.

Le *Code civil du Québec* ne définit pas la notion de garde.Toutefois, il est reconnu de façon générale que le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant est rattaché à l'autorité parentale. Le pouvoir décisionnel exclusif en cette matière et pour toute question qui concerne l'enfant est confié à la personne qui en a la garde en cas de divorce ou de séparation. Le juge L'Heureux-Dubé renvoie à la cause *W.(V.)* c. *S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, dans laquelle elle fait une analyse détaillée de la notion de garde. Le juge précise que :

> « Cela ne signifie pas pour autant que le parent non-gardien se voit privé de toute autorité parentale; dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec les droits du parent gardien, l'autre parent doit exercer ses devoirs de surveillance et d'éducation de l'enfant par l'entremise de son droit d'accès (art. 605 *C.C.Q.*, auparavant art. 570) et de son droit de saisir le tribunal de toute question litigieuse relative à l'exercice de l'autorité parentale (art. 604 *C.C.Q.*, auparavant art. 653). »

Elle note qu'en ce qui concerne le droit de choisir le lieu de résidence d'un enfant, la garde reçoit une interprétation similaire en droit civil, dans les documents internationaux et dans d'autres ressorts de common law et de droit civil.

Le juge L'Heureux-Dubé souligne que, vu ce pouvoir exclusif du parent gardien, le fardeau incombe alors au parent non-gardien de démontrer que le déménagement n'est pas dans l'intérêt de l'enfant et que le préjudice justifie un changement de la garde ou du droit de visite.

- *W.(V.)* c. *S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108

L'affaire *W.(V.)* c. *S.(D.)* traite du droit de garde au regard de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant de La Haye, R.T. Can. 1983 n° 35. L'objectif de la Convention étant l'exécution du droit de garde, le déplacement ou le non-retour d'un enfant qui a lieu en contravention de ce droit, déclenche automatiquement le mécanisme de retour obligatoire prévu par la Convention. Bien que la détermination de ce que la Convention entend par « droit de garde » se fait en principe indépendamment du droit interne des ressorts auxquels elle s'applique, la question de savoir qui détient « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant » ou

encore « celui de décider de son lieu de résidence » est déterminé, sous le régime de la Convention, selon la loi de l'État du lieu de résidence habituelle de l'enfant.

Au Canada, les provinces, sauf le Québec, ont incorporé la Convention dans une loi interne. Le Québec a pour sa part adopté la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants,* L.R.Q., ch. A-23.01, qui a pour but de donner effet à la Convention.

La notion de garde au sens du *Code civil du Québec* de même qu'en common law (l'évolution du droit de garde a d'ailleurs été semblable dans les deux systèmes selon le juge McIntyre dans l'affaire *King* c. *Low*, [1985] 1 R.C.S.87, à la p. 93), et la *Loi sur le divorce* en cette matière, ne se distinguent pas de la notion de garde telle que l'entendent la Convention et la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* du Québec. Cette notion reçoit indistinctement, sous ces différents régimes, un sens large, indépendant du droit de visite, qui comprend, notamment, le choix du lieu de résidence de l'enfant.

Au Québec, le critère applicable en matière de garde, lorsque sa détermination se fait à l'extérieur des contextes de divorce et de la séparation de corps, est formulé à l'art. 30 *C.C.B.C.* (maintenant l'art. 33 *C.C.Q.*) : « l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits ». Dans le cadre de la séparation de corps, l'art. 569 *C.C.B.C.* (maintenant l'art. 514 *C.C.Q.*) impose au tribunal le devoir de statuer sur la garde des enfants « dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits ».

La Cour déclare qu'il découle de cette conception large de la notion de garde que le choix de la résidence de l'enfant relève du parent gardien, sous réserve du droit du parent non-gardien de demander au tribunal de modifier les modalités de garde et d'accès suite à un déplacement de l'enfant.

Dans l'affaire sous rubrique, il a été décidé qu'étant donné que l'enfant était domicilié ou résidait au Québec avec son père, l'art. 70 du *Code de procédure civile* du Québec et les règles québécoises de conflits de juridictions donnaient compétence à la Cour supérieure pour connaître la requête en vue d'obtenir la garde de l'enfant. Le juge de première instance s'est fondé sur la loi (qui incorpore la Convention) plutôt que sur le *Code civil du Québec,* mais il est entendu que cette interprétation ne porte pas à conséquence puisque l'un et l'autre texte adoptent les mêmes critères.

La Cour traite brièvement de l'origine des pouvoirs généraux de la Cour supérieure du Québec qui ne découlent pas de la compétence *parens patriae* reconnue par la common law aux cours supérieures des provinces, mais plutôt de l'article 46 du *Code de procédure civile* du Québec. En l'absence d'une disposition législative spécifique, cette compétence reviendrait de façon exclusive, pour des raisons historiques, au représentant de la Reine c'est-à-dire au lieutenant-gouverneur.

- *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg* c. *K.L.W.*, [2000] A.C.S. n° 48

La compétence *parens patriae* de l'État a aussi fait l'objet de discussions dans l'arrêt récent, *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg* c. *K.L.W.*, celui-ci portant sur la protection des enfants.

Le juge L'Heureux-Dubé souligne que l'État a assumé le pouvoir et l'obligation d'intervenir pour protéger le bien-être des enfants puisqu'ils sont vulnérables et qu'ils ne peuvent exercer leurs droits de façon autonome. Ces attributions s'imposent dans l'exercice de la compétence *parens patriae* des tribunaux de common law et se retrouvent également dans le livre premier du *Code civil du*

Québec, L.Q. 1991, ch. 64, ainsi que dans les lois provinciales et territoriales sur la protection des enfants.

Dans cette affaire, l'appelant conteste la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* qui permet à l'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg d'appréhender un enfant sans mandat même en l'absence de situation d'urgence quand il est d'avis « pour des motifs raisonnables et probables, [...] qu'un enfant a besoin de protection ».

Le juge Arbour, dissidente, estime que même si la Cour et les organismes de protection de l'enfance exercent une compétence *parens patriae* à l'égard de l'enfant, l'intérêt de la société exige que les acteurs gouvernementaux ne retirent pas aux parents la garde de leurs enfants sans motifs juridiques. Les juges Arbour et McLachlin (dissidentes) concluent que la disposition en cause de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* est incompatible avec l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisqu'elle porte atteinte au droit à la sécurité de la personne contrairement aux principes de justice fondamentale et qu'elle ne se justifie pas, selon l'article premier, dans une société juste et démocratique.

Le juge L'Heureux-Dubé, qui rend la décision pour la majorité, est d'avis que la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* constitue une atteinte au droit à la sécurité de la personne étant donné qu'elle prévoit l'enlèvement d'un enfant à ses parents. Toutefois, d'après les contextes social et législatif en cause, cette atteinte a lieu conformément aux principes de justice fondamentale et ne contrevient pas à l'article 7 de la Charte. La disposition est donc constitutionnelle et dans le cas présent l'intervention de l'État était justifiée pour protéger l'enfant.

3.2 Obligation alimentaire

- *Bracklow* c. *Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420

Dans l'arrêt *Bracklow* c. *Bracklow*, le juge McLachlin conclut qu'un époux a, envers son ex-conjoint malade ou handicapé, une obligation alimentaire en plus des indemnités auxquelles il a droit pour les pertes résultant du mariage.

L'obligation alimentaire au Canada est régie par les dispositions de la *Loi sur le divorce*. Le droit civil et la common law s'appliquaient avant l'entrée en vigueur de cette loi et en constituent toujours la toile de fond.

Il existe deux théories contradictoires sur l'obligation alimentaire. Plus près des conceptions de common law et de droit civil antérieures à la *Loi sur le divorce* et fondé sur l'obligation mutuelle, le premier modèle fait ressortir l'interdépendance que crée le mariage. Celui de la rupture nette, plus en accord avec la vision moderne de la *Loi sur le divorce*, met en lumière l'indépendance de chaque partie à l'union.

Le Parlement et les provinces ont reconnu ces deux modèles dans leurs lois. En jurisprudence, l'indemnisation est le principal motif d'attribution d'aliments mais le juge McLachlin est d'avis que l'obligation alimentaire peut aussi être invoquée dans certaines circonstances où il convient pour offrir une juste pension alimentaire, comme c'est le cas dans la présente affaire.

En matière familiale, certains principes se sont développés d'une manière analogue dans chacune des traditions au Canada. En ce qui concerne le droit des contrats, la Cour admet que même si c'est en vertu de chacun des régimes juridiques que ce droit doit être interprété, certaines

notions sont appliquées de façon similaire dans les deux systèmes. Ainsi, il peut être intéressant de considérer, à titre comparatif, les jugements d'une autre juridiction dans la recherche d'une juste solution.

4. Droit des contrats

Le domaine des contrats présente des distinctions importantes au plan comparatif. Le droit des contrats relevant du droit civil au Québec, certaines dispositions d'ordre public édictées par le Code civil font notamment obstacle à la liberté contractuelle généralement de rigueur dans la tradition de common law.

Le contrat de travail ainsi que le contrat d'assurance sont deux formes particulières de contrats. Ils en suivent les règles générales et contiennent des conventions qui leur sont propres. Les arrêts qui suivent traitent des principes régissant chacun d'eux ainsi que des règles particulières selon qu'ils sont régis par le droit civil ou par la common law.

4.1 Contrat de travail

- *Farber* c. *Cie Trust Royal,* [1997] 1 R.C.S. 846

L'arrêt *Farber* c. *Cie Trust Royal* a pris naissance au Québec et porte sur le congédiement déguisé ainsi que les dommages-intérêts auxquels il peut donner droit.

Le juge Gonthier s'exprimant pour la Cour note que la doctrine du congédiement déguisé n'est pas une création de la common law qui a été incorporée au droit civil. Il rappelle que la Cour suprême a répété à plusieurs reprises que « le droit civil est un système complet en lui-même; [et qu']il faut se garder d'adopter des principes provenant de systèmes juridiques étrangers. » (par. 30)

Il insiste sur le fait que, dans tous les cas, pour qu'un principe juridique s'applique en droit civil, il doit d'abord trouver sa légitimité dans le système même. Certes, il peut être intéressant dans certains cas, comme celui du congédiement déguisé, de prendre connaissance des solutions apportées à un problème dans un autre système de droit, mais uniquement d'un point de vue comparatif.

Pour établir le fait que ce principe est largement appliqué depuis un bon moment, il choisit de citer une affaire de congédiement déguisé de 1985 dans laquelle le juge Hassan de la Cour supérieure du Québec (*Lavigne* c. *Sidbec-Dosco Inc.,* [1985] C.S. 26, p. 28) résume l'état du droit sur la question :

> « Il faut être prudent avant d'adopter sans réserve des concepts du droit des contrats en common law pour résoudre des affaires de droit civil, sauf lorsque cela s'avère nécessaire et qu'il existe des précédents faisant autorité. Cependant, au Québec, l'application de la doctrine relative au congédiement déguisé en matière de louage de services a été reconnue. » (p. 28)

Le juge Gonthier fait ensuite une brève revue des principes applicables en droit civil et en common law en matière de congédiement déguisé.

Au Québec, le contrat de travail est régi par le droit civil, notamment par le Code civil. Même si les faits de l'affaire se sont produits avant l'entrée en vigueur du nouveau code, la Cour souligne que le *Code civil du Québec* ne semble pas avoir modifié le droit applicable dans ce domaine.

Le Code civil prévoit que les principes généraux des contrats s'appliquent au contrat de travail (art. 1670 *C.C.B.C.*). Le contrat est obligatoire entre les parties, celles-ci étant tenues de respecter leur engagement (art. 1022 *C.C.B.C.*). Les parties ne peuvent modifier unilatéralement les obligations auxquelles elles se sont engagées dans le contrat.

Dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, une partie peut résilier le contrat d'une façon unilatérale. Si l'employeur procède à la résiliation, il s'agit d'un congédiement et l'employé a droit à un préavis raisonnable de la rupture du contrat ou à une indemnité qui en tienne lieu (art. 1688 *C.C.B.C.*). Quand l'employeur modifie unilatéralement les conditions essentielles du contrat de travail de l'employé de façon substantielle et que l'employé quitte son emploi parce qu'il n'accepte pas ces modifications, il s'agit d'un « congédiement déguisé » étant donné qu'il n'y a pas eu de congédiement formel.

Dans les provinces de common law, les tribunaux ont établi que le fait d'imposer une modification fondamentale ou substantielle au contrat de travail d'un employé de façon unilatérale et à l'encontre des conditions du contrat constitue un bris fondamental de ce contrat. Ce bris entraîne la résiliation du contrat et permet à l'employé de réclamer à son employeur des dommages-intérêts à titre de préavis raisonnable pour congédiement déguisé.

Le juge conclut, suivant le principe qu'il a établi précédemment, qu'étant donné la similarité des règles en matière de congédiement déguisé dans les deux systèmes de droit, il est approprié d'examiner les décisions des tribunaux de common law et de droit civil pour identifier ce qui a été qualifié de modifications fondamentales du contrat d'emploi entraînant sa résiliation.

Aussi bien au Québec que dans les provinces de common law, les tribunaux ont qualifié la rétrogradation, la modification unilatérale du mode de calcul de la rémunération ainsi que la diminution significative des revenus d'un employé imposées par l'employeur de congédiement déguisé. La Cour conclut qu'en l'espèce, il s'agissait de modifications substantielles des conditions essentielles du contrat d'emploi puisque ces trois situations se retrouvent.

4.2 Contrat d'assurance

- *Chablis Textiles Inc. (Syndic de)* c. *London Life Insurance Co.*, [1996] 1 R.C.S. 160

La décision *Chablis Textiles Inc. (Syndic de)* c. *London Life Insurance Co.* étudie la portée dans le temps des conventions d'exclusion de garantie en cas de suicide dans les contrats d'assurance-vie. La cause a pris naissance au Québec.

Le juge Gonthier souligne que depuis la réforme du droit des assurances au Québec, le suicide n'est plus une cause d'exclusion légale du risque. L'assureur doit donc prévoir son exclusion par convention mais la portée temporelle de la clause d'exclusion est limitée à deux ans au-delà desquels elle ne peut plus produire son effet suivant les dispositions de l'article 2532 *C.C.B.C.*

La common law n'impose pas cette limite, la volonté des parties exprimée dans la convention constituant la loi entre elles.

Le juge Gonthier cite les propos du Juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Frenette* c. *Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie,* [1992] 1 R.C.S. 647, à la page 667, afin de rappeler certaines considérations qui doivent guider l'interprétation des contrats d'assurance en général :

> « Dans l'interprétation d'un contrat d'assurance, il est maintenant bien établi que les principes d'interprétation sont les mêmes que ceux qui s'appliquent généralement aux contrats commerciaux. En fait, certains de ces principes ont été codifiés dans le Code civil aux art. 1013 à 1021. C'est ainsi que, s'il s'avère nécessaire d'interpréter un contrat, la règle cardinale est que l'intention des parties doit l'emporter, sous réserve bien entendu des dispositions d'ordre public du Code civil. »

Le juge note que la formation du contrat d'assurance en droit civil est prévue à l'article 2476 *C.C.B.C.* et qu'elle survient « [...] dès que l'assureur accepte la proposition du preneur », cette disposition étant une codification particulière de la règle générale en droit civil qui veut que le contrat soit formé par l'effet de la rencontre des volontés.

Enfin, la Cour souligne qu'il est entendu que « [...] le développement du droit des assurances au Québec doit s'effectuer en harmonie avec l'ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s'insère bien que les pratiques nord-américaines en la matière, comme l'antidate par exemple, ne puissent être ignorées. » (par. 30) La Cour est d'avis qu'il existe des décisions de common law, comme l'affaire *McClelland and Stewart Ltd.* c. *Mutual Life Assurance Co. of Canada*, [1981] 2 R.C.S. 6, en appel d'une décision provenant de l'Ontario, qui présentent en l'espèce un intérêt comparatif certain même si elles ne sauraient avoir une influence déterminante sur l'issue de pourvois émanant du Québec. La Cour soutient que dans la présente cause comme dans l'affaire *McClelland,* il s'agit, pour déterminer le point de départ du délai d'exclusion de la garantie, d'identifier l'intention des parties quant à la date de prise d'effet du contrat indépendamment du fait que cette date ait été fixée par convention des parties ou par les exigences du Code civil. La Cour arrive à la conclusion que dans les deux causes les parties ont eu recours à l'antidate.

- *Perron-Malenfant* c. *Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375

L'arrêt *Perron-Malenfant* c. *Malenfant (Syndic de)* traite de la question de la saisissabilité de la valeur de rachat d'une police d'assurance-vie en cas de faillite.

En matière de faillite, le Parlement fédéral a exercé sa juridiction en édictant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Les dispositions des lois du Québec en matière d'insaisissabilité des polices d'assurance-vie et celles contenues dans la *Uniform Life Insurance Act* des provinces de common law y sont incorporées par renvoi. Ainsi, en vertu de la loi, la règle veut que tous les droits conférés par une police d'assurance saisissable soient saisissables, notamment le droit à la valeur de rachat de la police, sauf si une exception existe à cet égard dans une loi provinciale.

Le juge Gonthier explique que le droit des assurances au Québec a subi une réforme en profondeur qui s'inscrivait dans le mouvement plus large de révision du Code civil. L'intention du législateur a été de créer un « code d'insaisissabilité complet » s'appliquant au contrat d'assurance-vie à l'intérieur même du *Code civil du Québec*. Les articles 2552 et 2554 en sont l'expression. Ces articles supplantent le principe établi en droit civil, mais qui persiste toujours en common law, voulant que le droit de rachat d'une police soit un « droit personnel » qui échappe aux créanciers de l'assuré (art. 1031 *C.C.Q.* ainsi que la jurisprudence antérieure sur le sujet).

Les articles 2552 et 2554 *C.C.Q.* consacrent l'insaisissabilité de deux catégories de police, c'est-à-dire celle dont le bénéficiaire est le conjoint, le descendant ou l'ascendant du preneur et celle dont le preneur se désigne comme bénéficiaire à titre irrévocable de sa propre police. Ces catégories ne comprennent pas le type de police visée dans la présente cause puisque le bénéficiaire est la conjointe de « l'assuré » et la conjointe-preneur s'est désignée comme

bénéficiaire à titre « révocable de l'assuré ». Les dispositions générales de *la Loi sur la faillite et l'insolvabilité* sont donc applicables en l'espèce et rendent la police saisissable par le syndic aux fins de partage de la valeur de rachat entre les créanciers de l'assuré.

Le juge constate que le législateur québécois définit la catégorie des polices d'assurance-vie familiales insaisissables en fonction de la relation du bénéficiaire avec le preneur et non pas en fonction de sa relation avec l'assuré comme le fait la *Uniform Life Insurance Act* des provinces de common law. Il cite à ce propos un passage du traité de David Norwood sur le droit de l'assurance-vie au Canada, *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, aux pages 249 et 250, qui explique la raison historique de la différence entre les deux régimes juridiques :

> « La distinction entre les provinces de common law et le Québec est historique étant donné que la première fiducie en vertu de la *Uniform Act* s'appliquait à toutes les polices, de sorte que le dénominateur commun était l'assuré, alors que *la Loi de l'assurance des maris et des parents* du Québec ne s'appliquait qu'aux polices personnelles souscrites par l'assuré sur sa propre vie, de sorte que la protection reposait sur la relation entre le preneur et le bénéficiaire. »

Conclusion

Cette rétrospective des arrêts de la Cour suprême vus sous un angle bijuridique permet certes de mettre en évidence l'importance que la Cour accorde à la distinction qui s'impose entre le droit public et le droit privé, mais elle illustre en particulier la priorité qu'elle reconnaît désormais aux provinces dans les différents domaines touchant la propriété et les droits civils. Un certain nombre de constats s'imposent d'emblée à la fin de cet examen.

La Cour suprême n'hésite pas à donner leur plein effet aux lois édictées par les parlements des provinces régies par la common law dans les matières touchant à la propriété et au droit civil lorsque celles-ci viennent codifier, remplacer ou abroger la common law. De même, elle admet que dans ces matières le *Code civil du Québec* est l'expression du droit commun du droit civil au Québec et qu'il constitue le droit de référence des lois québécoises.

En ce qui a trait au Québec, la Cour a résolument pris la voie de la revalorisation du droit civil et de l'affirmation de son autonomie. Elle soutient à plusieurs reprises, dans les arrêts examinés, que le droit civil est un système complet en lui-même, que le Code civil représente le droit commun de la province de Québec et qu'il n'est pas un droit d'exception comme le droit d'origine législative des ressorts de common law. Enfin, elle réfère souvent à la doctrine française quand il s'agit d'interpréter le droit civil québécois.

La Cour fait aussi bien sûr appel à ses propres précédents dans le traitement des litiges qui se présentent devant elle en matière de droit privé. À ce titre, il arrive qu'elle évoque des décisions ayant pris naissance dans l'une ou l'autre province sans égard à la tradition d'origine du litige. Quand elle traite de causes en appel de décisions provenant du Québec, elle précise en général l'intérêt uniquement comparatif de la jurisprudence de common law éventuellement examinée et rappelle qu'un principe juridique étranger doit d'abord trouver sa légitimité dans le système même de droit civil pour y être applicable. Quand il s'agit de causes dont les faits ont pris naissance dans d'autres provinces que le Québec, c'est souvent dans le but de faire un rapprochement entre les notions juridiques et l'interprétation qui en est donnée dans chacune des traditions qu'elle cite des arrêts rendus en vertu du droit civil.

De façon générale, s'il est notable qu'elle laisse plutôt le soin aux provinces d'intervenir quand il s'agit de questions de droit privé, la Cour tente de faire en sorte que ses décisions sur ces questions, tout en respectant chacune des traditions juridiques, ne produisent pas d'effets trop discordants d'une province à l'autre de manière à ce qu'un acte ait un effet juridique analogue sur l'ensemble du territoire.

La Cour réfère aussi de façon courante au droit d'autres ressorts que les provinces canadiennes, dans ses décisions en matière de droit privé, peut-être notamment à cause du bijuridisme qui caractérise son propre pays. Elle mentionne tant la doctrine de droit civil français que celle de la common law d'Angleterre et fait aussi référence au droit anglais et au droit de tradition civiliste d'autres pays de même qu'aux documents internationaux de plus en plus nombreux. Cette tendance démontre une volonté certaine de la Cour suprême de se mettre au diapason de la mondialisation et de répondre de façon générale aux besoins de la société moderne en recherchant les modèles les plus profitables aux justiciables canadiens.

Devant cette ouverture à la multiplicité des sources de droit, la question se pose de savoir si cette attitude peut conduire à une uniformisation du droit. Au Canada, le droit évolue et continuera de le faire; la common law canadienne a pris ses distances par rapport au droit anglais de même que le droit québécois s'est développé d'une façon différente du droit civil français. Le droit civil risque davantage l'assimilation, étant donné la prédominance de la common law en Amérique du Nord.

Le professeur Jobin tire d'ailleurs un portrait plutôt juste de la situation du droit civil, à la page 116 de son article *L'Influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement des deux continents* (dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, éd. H. Patrick Glenn Cowansville, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1993, p. 91 à 117) :

> « Certes le droit québécois est un droit mixte dans une certaine mesure. Il est appliqué dans le cadre d'un système judiciaire d'inspiration britannique. Il vit dans le voisinage immédiat de l'autre grande tradition juridique occidentale — la common law régit le droit privé de toutes les autres provinces canadiennes, presque tous les États américains, le droit public québécois et elle est même à la base du droit privé fédéral applicable au Québec. Mais ce ne sont pas des motifs pour s'abandonner à un "laisser-faire" juridique. »

La solution réside sans doute dans cette vision optimiste de l'avenir que le professeur Glenn évoque à la page 213 de son article « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada », (dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Collection Bleue, Ouvrages collectifs, Montréal, Wilson Lafleur Ltée, 1989, p. 197 à 214) et qu'il partage en cette matière avec le juge Pigeon :

> « Cette tradition ancienne de la comparaison du droit, c'est simplement la recherche d'une meilleure solution, dont la découverte ne peut jamais arrêter la recherche d'une solution meilleure. Dans cette recherche, on ne peut exclure aucune source, comme l'a fait dans une certaine mesure la Cour suprême dans son premier demi-siècle d'existence. Et puisqu'on ne peut pas exclure de sources afin de créer un nouveau droit, on ne peut davantage en exclure dans la continuité de son droit. Les sources doivent être jugées selon leurs mérites. C'était l'un des leitmotivs de monsieur le juge Pigeon, qui a constamment démontré dans son œuvre comment les traditions du droit civil et de la common law ont chacune besoin de l'autre, tout en respectant l'intégrité de l'autre. »

Bref, il est probable que le bijuridisme canadien continuera d'être une caractéristique originale et enviée à l'échelle internationale s'il peut compter sur le soutien de la Cour suprême et de la communauté juridique en général mais aussi sur l'appui des autorités politiques.